



***TESIS DOCTORAL***

**LA RESPONSABILIDAD  
INTERNACIONAL DEL ESTADO POR  
DESAPARICIONES FORZADAS DE  
PERSONAS.  
OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y  
ATRIBUCIÓN**

**Autor:**

**Pietro Sferrazza**

**Director/es:**

**Fernando Mariño Menéndez**

**Felipe Gómez Isa**

**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS**

Getafe, septiembre 2014



*TESIS DOCTORAL*

**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR  
DESAPARICIONES FORZADAS DE PERSONAS.  
OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y ATRIBUCIÓN**

**Autor: Pietro Sferrazza**

**Directores: Fernando Mariño Menéndez y Felipe Gómez Isa**

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de



## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>21</b>
<b>AGRADECIMIENTOS .....</b>	<b>26</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>28</b>
<b>PRIMERA PARTE: LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO UN HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO.....</b>	<b>39</b>
<b>CAPÍTULO I: APROXIMACIONES GENERALES A LA DESAPARICIÓN FORZADA .....</b>	<b>39</b>
<b>ACLARACIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>39</b>
<b>1. LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO UN FENÓMENO FÁCTICO .....</b>	<b>39</b>
<b>2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DESAPARICIÓN FORZADA .....</b>	<b>49</b>
<b>3. LA REACCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LA DESAPARICIÓN FORZADA.....</b>	<b>56</b>
3.1. El papel de la sociedad civil en la reacción de la comunidad internacional.....	57
3.2. Las primeras manifestaciones de la comunidad internacional contra la desaparición forzada .....	58
3.3. El primer instrumento internacional: la <i>Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas</i> .....	61
3.4. La reacción internacional en el sistema interamericano: la <i>Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas</i> .....	62

3.5. La reacción internacional en el sistema universal: la <i>Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas</i> .....	64
3.6. El marco normativo de la desaparición forzada en el Derecho penal internacional.	67
3.7. El Derecho internacional humanitario y las desapariciones forzadas .....	72
<b>CONCLUSIONES PRELIMINARES .....</b>	<b>78</b>

**CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS..... 80**

**ACLARACIONES PRELIMINARES..... 80**

**1. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD ..... 84**

1.1. La privación de libertad en las definiciones internacionales de desaparición forzada.....84

1.2. La ilegalidad de la detención y su configuración temporal ..... 87

**2. LA DENEGACIÓN DE INFORMACIÓN ..... 89**

2.1. El contenido de denegación de información..... 90

2.2. La denegación de información como elemento conceptual de la desaparición forzada y el deber de información como obligación internacional del Estado: similitudes y diferencias..... 92

2.3. La configuración temporal de la denegación de información..... 94

**3. EL SUJETO ACTIVO ..... 97**

3.1. Clasificación y conceptualización de los sujetos activos. .... 98

3.2. Las posiciones enfrentadas sobre el agente no estatal en los trabajos preparatorios de la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas*. .... 104

3.3. La organización política como sujeto activo en el *Estatuto de Roma* ..... 111

3.4. La ejecución de la denegación de información por parte de agentes no estatales: un dilema dogmático .....	114
--	-----

#### **4. LA SUSTRACCIÓN A LA PROTECCIÓN DE LA LEY ..... 117**

4.1. La sustracción a la protección de la ley en los instrumentos de Derecho internacional de los derechos humanos sobre desapariciones forzadas. ¿Elemento o consecuencia? .....	119
---	-----

4.2. Las exigencias adicionales a la sustracción a la protección de la ley.....	122
---	-----

4.2.1. La exigencia temporal.....	122
-----------------------------------	-----

4.2.2. La exigencia de intencionalidad.....	124
---	-----

#### **CONCLUSIONES PRELIMINARES ..... 128**

### **CAPÍTULO III: PARALELO ENTRE LA DESAPARICIÓN FORZADA Y OTRAS FIGURAS SIMILARES..... 133**

#### **ACLARACIONES PRELIMINARES..... 133**

#### **1. LA DESAPARICIÓN FORZADA Y LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL 133**

1.1. Aproximación general a la ejecución extrajudicial .....	133
--	-----

1.2. Paralelo con la desaparición forzada .....	137
---	-----

1.2.1. Semejanzas.....	137
------------------------	-----

1.2.1.1. El sujeto activo.....	137
--------------------------------	-----

1.2.2. Diferencias .....	137
--------------------------	-----

1.2.2.1. La privación de libertad .....	138
---	-----

1.2.2.2. La denegación de información.....	138
--	-----

1.2.2.3. La sustracción a la protección de la ley .....	139
---	-----

1.2.2.4. La muerte de la víctima .....	140
--	-----

<b>2. LA DESAPARICIÓN FORZADA Y EL SECUESTRO .....</b>	<b>141</b>
2.1. Aproximación general al secuestro .....	141
2.2. Paralelo con la desaparición forzada .....	143
2.2.1. Semejanzas.....	143
2.2.1.1. La privación de libertad .....	143
2.2.1.2. El carácter permanente del delito.....	144
2.2.2. Diferencias .....	145
2.2.2.1. El sujeto activo.....	145
2.2.2.2. La denegación de información.....	145
2.2.2.3. Sustracción a la protección de la ley.....	146
2.2.2.4. La exigencia de una utilidad, beneficio o ventaja.....	146
<b>3. LA DESAPARICIÓN FORZADA Y LA TORTURA .....</b>	<b>147</b>
3.1. Aproximación general a la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.....	147
3.2. La tortura y la desaparición: dos figuras conceptualmente diferentes pero contextualmente emparentadas.....	151
3.2.1. La relación entre tortura y desaparición desde la perspectiva de la persona desaparecida.....	153
3.2.2. La relación entre tortura y desaparición desde la perspectiva de los familiares y otras personas que sufren un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición .....	156
3.3. Par alelo con la desaparición forzada .....	159
3.3.1. Semejanzas.....	159
3.3.1.1. El sujeto activo.....	159
3.3.1.2. El aspecto subjetivo .....	160

3.3.2.	Diferencias .....	161
3.3.2.1.	La privación de libertad .....	161
3.3.2.2.	La denegación de información.....	161
3.3.2.3.	El dolor o sufrimiento .....	161
3.3.2.4.	La finalidad o propósito .....	162
<b>4.</b>	<b>LA DESAPARICIÓN FORZADA Y LAS DETENCIONES ILEGALES O ARBITRARIAS .....</b>	<b>162</b>
4.1.	Aproximación general a las detenciones ilegales o arbitrarias.....	162
4.2.	Paralelo con la desaparición forzada .....	167
4.2.1.	Semejanzas.....	167
4.2.1.1.	Privación de libertad .....	168
4.2.1.2.	Sujeto activo .....	168
4.2.2.	Diferencias .....	168
4.2.2.1.	Denegación de información .....	168
4.2.2.2.	Sustracción a la protección de la ley.....	171
	<b>CONCLUSIONES PRELIMINARES .....</b>	<b>171</b>
	<b>CAPÍTULO IV: LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES SOBRE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.....</b>	<b>174</b>
	<b>ACLARACIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>174</b>
<b>1.</b>	<b>NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR EL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>175</b>
1.1.	El concepto de responsabilidad internacional por el hecho ilícito internacional ..	175



1.2. El marco normativo de la responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito .....	177
1.3. La diferenciación entre normas primarias y secundarias: una clasificación revolucionaria .....	182
1.4. El hecho internacionalmente ilícito .....	184
1.4.1. Función del hecho internacionalmente ilícito en la teoría de la responsabilidad internacional del Estado.....	185
1.4.2. El concepto de hecho internacionalmente ilícito .....	186
1.4.2.1. La ilicitud .....	187
1.4.2.2. La imputabilidad o atribución.....	190
<b>2. LA INTERRELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO .....</b>	<b>191</b>
2.1. Dos respuestas ante la inevitable fragmentación del Derecho internacional: universalismo vs. particularismo .....	192
2.2. El Derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad internacional del Estado: ¿autonomía o independencia?.....	195
<b>3. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES SOBRE LA DESAPARICIÓN FORZADA: UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN .....</b>	<b>199</b>
3.1. La distinción entre las obligaciones de respeto y garantía como criterio orientador para la sistematización de las obligaciones internacionales sobre desapariciones forzadas.....	199
3.2. El derecho de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada y el carácter absoluto de la norma internacional que prohíbe dicho crimen.....	204
3.3. Sistematización de las obligaciones internacionales sobre la desaparición forzada de personas .....	209

3.4. La obligación general de prevención y las diferentes obligaciones que le dan concreción.....	210
3.4.1. Las garantías de toda persona privada de libertad .....	212
3.4.1.1. La prohibición absoluta de la detención secreta .....	213
3.4.1.2. La orden de privación de libertad .....	214
3.4.1.3. Los lugares de privación de libertad .....	215
3.4.1.4. El registro de personas privadas de libertad .....	215
3.4.1.5. El derecho a la comunicación .....	217
3.4.1.6. El acceso de la autoridad a los lugares de detención .....	218
3.4.1.7. Las garantías de la puesta en libertad .....	219
3.4.2. El derecho a la información .....	220
3.4.2.1. El titular del derecho .....	220
3.4.2.2. El contenido mínimo de la información .....	220
3.4.2.3. Las restricciones al acceso a la información.....	221
3.4.3. Las obligaciones sobre la formación del personal que interviene en el tratamiento y custodia de la persona privada de libertad.....	225
3.5. La obligación general de investigación y los estándares internacionales que le dan concreción.....	228
3.5.1. El derecho a presentar una denuncia.....	228
3.5.2. Los estándares de la investigación de la desaparición forzada.....	229
3.5.2.1. La eficacia de la investigación.....	230
3.5.2.2. La rapidez de la investigación .....	232
3.5.2.3. La imparcialidad e independencia de la investigación .....	235
3.5.3. La obstrucción a la investigación.....	236

3.5.4. La protección de personas vinculadas a la investigación .....	237
3.6. La obligación general de sanción y las diferentes obligaciones que le dan concreción.....	237
3.6.1. Obligaciones de persecución penal.....	239
3.6.1.1. La tipificación penal interna .....	239
3.6.1.2. El principio de proporcionalidad y reglas modificativas de la responsabilidad penal.....	244
3.6.1.3. La obediencia debida .....	245
3.6.1.4. Las causas de extinción de la pena .....	249
3.6.1.4.1. Amnistías.....	250
3.6.1.4.1.1. La amnistía y las desapariciones forzadas: una incompatibilidad irreconciliable .....	250
3.6.1.4.1.2. El caso <i>Gelman vs. Uruguay</i> : la tensión entre el juego democrático y la sanción de las graves violaciones a los derechos humanos.....	255
3.6.1.4.2. La prescripción .....	261
3.6.1.4.2.1. Concepto y fundamento de la prescripción.....	262
3.6.1.4.2.2. La (im)prescriptibilidad de la desaparición forzada.....	264
3.6.1.4.2.3. Las reglas sobre el plazo prescriptivo .....	267
3.6.1.4.3. El indulto.....	270
3.6.2. Obligación de establecimiento y ejercicio de la jurisdicción penal.....	273
3.6.2.1. Los principios generales del sistema de atribución de jurisdicción.....	274
3.6.2.2. El principio aut dedere aut iudicare .....	275
3.6.2.3. La extradición y el principio de no devolución .....	276
3.6.2.4. La jurisdicción universal.....	279
3.6.2.5. Los tribunales militares.....	281

3.6.3.	La cooperación internacional.....	283
3.7.	La obligación general de reparación.....	285
3.7.1.	La especificación de la obligación de reparación ante casos de desapariciones forzadas.....	288
3.7.2.	Las víctimas de desaparición forzada de personas .....	289
3.7.2.1.	Los factores especiales para la identificación de las víctimas de desaparición forzada según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	293
3.7.2.1.1.	La proximidad del vínculo familiar .....	295
3.7.2.1.2.	La exigencia de haber presenciado el hecho.....	296
3.7.2.1.3.	La participación en la investigación y la búsqueda de información ...	296
3.7.2.1.4.	La actitud de las autoridades.....	297
3.7.2.1.5.	La aplicación de criterios temporales para determinar la calidad de víctimas.....	297
3.7.2.2.	La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la diferenciación entre familiares directos e indirectos y la aplicación de presunciones para determinar las víctimas de desaparición forzada.....	298
3.7.2.3.	La posición del Comité de Derechos Humanos sobre la identificación de las víctimas de desaparición forzada.....	301
3.7.3.	Las medidas de reparación.....	302
3.7.3.1.	La indemnización.....	303
3.7.3.2.	La restitución .....	306
3.7.3.3.	La satisfacción .....	306
3.7.3.4.	La rehabilitación .....	307
3.7.3.5.	Las garantías de no repetición .....	309
3.7.4.	El derecho a la verdad.....	310

3.7.5. Las obligaciones internacionales sobre la protección de los restos mortales de las personas desaparecidas.....	316
3.7.6. La situación legal de la persona desaparecida y sus familiares .....	320
3.7.7. El derecho a formar parte de una organización de víctimas .....	322
3.8. Obligaciones especiales sobre niños afectados por la desaparición forzada .	323
<b>CONCLUSIONES PRELIMINARES .....</b>	<b>328</b>

**CAPÍTULO V: LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO HECHO ILÍCITO PERMANENTE..... 339**

**ACLARACIONES PRELIMINARES..... 339**

**1. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DEL CARÁCTER PERMANENTE DE LA DESAPARICIÓN FORZADA..... 340**

**2. EL CONCEPTO DE HECHO ILÍCITO PERMANENTE Y SU APLICACIÓN A LA DESAPARICIÓN FORZADA ..... 341**

**3. LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO DELITO PERMANENTE EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS..... 345**

3.1. La desaparición como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia de la CorteIDH.....347

3.2. La desaparición como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ..... 351

3.2.1. Ámbito de aplicación de las exigencias temporales sobre la competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... 352

3.2.2. Las exigencias temporales que limitan la competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... 357

3.2.2.1. La proximidad temporal entre el hecho y la fecha crítica..... 358

3.2.2.2. La exigencia de que la mayor proporción de los procedimientos se haya realizado con posterioridad a la fecha crítica .....	358
3.2.2.3. La interpretación del cómputo del plazo de admisibilidad en base a la “diligencia” de los demandantes.....	358
3.2.2.4. La cláusula humanitaria como excepción a la aplicación de algunas exigencias temporales.....	361
3.2.3. Reflexiones críticas sobre la aplicación de las exigencias temporales a los casos de desapariciones forzadas.....	361
3.2.3.1. El carácter indeterminado de la proximidad temporal y de la proporción de actos procedimentales.....	363
3.2.3.2. La irracionalidad de la interpretación del plazo de admisibilidad en base a la diligencia de los demandantes .....	365
3.2.3.3. La ineficacia de la cláusula humanitaria.....	371
3.2.4. A modo de conclusión .....	373
3.3. La desaparición como hecho ilícito permanente en la práctica del Comité de Derechos Humanos.....	374
3.4. La desaparición como hecho ilícito permanente en la práctica del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias.....	376
3.5. La competencia <i>ratione temporis</i> del Comité contra las Desapariciones Forzadas.....	378
3.6. La competencia <i>ratione temporis</i> de la Corte Penal Internacional sobre la desaparición forzada.....	384
<b>CONCLUSIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>387</b>

## **SEGUNDA PARTE: LA ATRIBUCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA 391**

### **CAPÍTULO VI: LA ATRIBUCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR AGENTES ESTATALES..... 394**

#### **ACLARACIONES PRELIMINARES..... 394**

#### **1. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ESTADO ..... 395**

1.1. El principio de unidad del estado como criterio básico para la atribución del hecho internacionalmente ilícito ..... 396

1.2. La atribución de la desaparición forzada mediante la aplicación del principio de unidad del estado ..... 398

#### **2. LA ATRIBUCIÓN DE LOS ACTOS *ULTRA VIRES* ..... 402**

2.1. La regla de imputabilidad de los actos *ultra vires*..... 402

2.2. La aplicabilidad a la desaparición forzada de la regla de atribución de los actos *ultra vires*..... 410

#### **CONCLUSIONES PRELIMINARES ..... 415**

### **CAPÍTULO VII: LA ATRIBUCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR AGENTES NO ESTATALES QUE ACTÚAN CON LA AUTORIZACIÓN, EL APOYO O LA AQUIESCENCIA DEL ESTADO..... 417**

#### **ACLARACIONES PRELIMINARES..... 417**

#### **1. EL COMPORTAMIENTO DE UNA PERSONA O ENTIDAD QUE EJERCE ATRIBUCIONES DEL PODER PÚBLICO ..... 418**

1.1. La imputabilidad del comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público..... 418

1.2. La imputabilidad de las desapariciones forzadas cometidas por un agente no estatal que actúa ejerciendo un poder público .....	420
<b>2. LA IMPUTABILIDAD DE HECHOS DE AGENTES NO ESTATALES BASADA EN LAS REGLAS DEL CONTROL, DIRECCIÓN E INSTRUCCIONES.....</b>	<b>425</b>
2.1. Las reglas de imputabilidad de actos realizados bajo el control, la dirección e instrucciones del Estado .....	426
2.1.1. La existencia del control estatal como regla de imputabilidad de actos de agentes no estatales.....	426
2.1.1.1. Las posiciones antagónicas de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional sobre la Ex-Yugoslavia sobre la regla de atribución del control: control efectivo vs. control de conjunto .....	427
2.1.1.1.1. La sentencia en el asunto de las <i>Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua</i> de la Corte Internacional de Justicia y el estándar del control efectivo.....	428
2.1.1.1.2. La sentencia <i>Tadić</i> del Tribunal penal internacional para la Ex-Yugoslavia y el estándar del control global .....	431
2.1.1.1.3 La sentencia sobre la <i>Actividades Armadas en el Territorio del Congo</i> : una primera confirmación del estándar de control efectivo por parte de la Corte Internacional de Justicia .....	438
2.1.1.1.4 La sentencia sobre la <i>Aplicación de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen del Genocidio</i> y la confirmación definitiva del estándar de control efectivo por parte de la Corte Internacional de Justicia.....	440
2.1.1.2. La aplicación del estándar de control en el resto de la práctica internacional	446
2.1.1.2.1. El origen de la aplicación del control en la jurisprudencia arbitral: el caso Zafiro, el caso Stephens y los laudos del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos.....	446
2.1.1.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las violaciones cometidas en territorios extranjeros controlados por un Estado .....	448



2.1.1.2.3. La atribución de las violaciones cometidas en el centro de detención libanés Al-Khiam según el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria.....	450
2.1.1.2.4. El contexto de violencia post-electoral en Timor oriental: el informe de la misión conjunta de Naciones Unidas y la jurisprudencia del Panel Especial para Crímenes Graves de la Corte del Distrito de Dili.....	451
2.1.2. La impartición y el cumplimiento de las instrucciones como regla que fundamenta la imputabilidad.....	452
2.1.2.1. Las primeras aplicaciones de la regla de imputabilidad de las instrucciones.....	454
2.1.2.2. La atribución de los actos de los UCLAs en la sentencia sobre las <i>Actividades Militares en y contra Nicaragua</i> de la Corte Internacional de Justicia. ....	455
2.1.2.3. La práctica sobre los secuestros seguidos de entrega judicial. ....	456
2.1.3. Epílogo: ¿control efectivo o control global?.....	465
2.1.3.1. La vacilante regulación del control en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado.....	465
2.1.3.2. El control global como un estándar más cercano a la realidad.....	468
2.2. La imputabilidad de las desapariciones forzadas cometidas por un agente no estatal que actúa controlado o instruido por el Estado.....	472
2.2.1. La jurisprudencia de la CorteIDH sobre desapariciones forzadas cometidas por paramilitares y la aplicación del estándar de control.....	472
2.2.1.1. El contexto guatemalteco.....	474
2.2.1.1.1. Blake vs. Guatemala.....	475
2.2.1.1.2. Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.....	476
2.2.1.1.3. Chitay Nech y otros vs. Guatemala.....	476
2.2.1.1.4. Masacres de Río Negro vs. Guatemala.....	477
2.2.1.2. El contexto colombiano.....	478
2.2.1.2.1. 19 comerciantes vs. Colombia.....	480

2.2.1.2.2.	Masacre de Mapiripán vs. Colombia .....	481
2.2.1.2.3.	Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia .....	484
2.2.1.2.4.	Masacres de Ituango vs. Colombia .....	488
2.2.1.2.5.	Masacre de la Rochela vs. Colombia.....	491
2.2.1.2.6.	Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.....	492
2.2.1.3.	Apreciaciones críticas .....	493
2.2.2.	La jurisprudencia del TEDH y la aplicación del criterio del control en relación con el territorio extranjero .....	497
2.2.3.	La situación de Darfur: los informes elaborados en el marco de Naciones Unidas.....	498
2.2.4.	Las entregas extraordinarias y la aplicación de las instrucciones como regla de atribución.....	499
2.2.4.1.	Aproximaciones generales a la entrega extraordinaria .....	500
2.2.4.2.	La práctica internacional sobre las entregas extraordinarias .....	504
2.2.4.2.1.	Abu Omar .....	504
2.2.4.2.2.	El Masri.....	510
2.2.4.2.3.	<i>Al Nashiri y Abu Zubaydah</i> .....	514
2.2.4.2.4.	Agiza.....	520
2.2.4.2.5.	Alzery.....	521
2.2.4.2.6.	Arar .....	521
2.2.4.2.7.	El caso de los “seis argelinos” .....	523
2.2.4.2.8.	Apreciaciones críticas .....	526
<b>CONCLUSIONES PRELIMINARES.....</b>		<b>527</b>

<b>CAPÍTULO VIII: LA DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR AGENTE NO ESTATAL QUE ACTÚA SIN LA AUTORIZACIÓN, EL APOYO O LA AQUIESCENCIA DEL ESTADO. ....</b>	<b>532</b>
<b>ACLARACIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>532</b>
<b>1. LOS AGENTES NO ESTATALES: UNA NOCIÓN EN DESARROLLO ...</b>	<b>533</b>
1.1. La difícil tarea de conceptualizar y clasificar los agentes no estatales.....	533
1.2. Las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes no estatales.....	540
<b>2. LA IMPUTABILIDAD DE LOS ILÍCITOS DE AGENTES NO ESTATALES SEGÚN EL PROYECTO SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS.....</b>	<b>547</b>
2.1. La atribución de un comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales .....	547
2.2. La atribución de un comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole .....	548
<b>3. EL PAPEL DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ANTE COMPORTAMIENTOS DE AGENTES NO ESTATALES .....</b>	<b>550</b>
3.1. La aplicabilidad de la diligencia debida en el Derecho internacional de los derechos humanos.....	551
3.2. La conceptualización y la naturaleza jurídica de la diligencia debida .....	554
3.3. La doble dimensión obligacional de la diligencia debida: la prevención y la sanción.....	560
3.3.1. El deber de prevención .....	561
3.3.1.1. El conocimiento de un riesgo real e inminente.....	563
3.3.1.2. La adopción de medidas razonables para prevenir el hecho.....	570
3.3.2. El deber de sanción .....	574

<b>4. LA IMPUTABILIDAD DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS COMETIDAS POR AGENTES NO ESTATALES QUE ACTÚAN SIN LA AUTORIZACIÓN, EL APOYO O LA AQUIESCENCIA DEL ESTADO.....</b>	<b>577</b>
4.1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	577
4.1.1. La infracción del deber de prevención.....	578
4.1.2. La infracción del deber de investigación .....	583
4.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	586
4.2.1. Las remisiones <i>obiter dicta</i> a la diligencia debida en la jurisprudencia sobre desapariciones forzadas .....	587
4.2.2. La sentencia <i>González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México: ¿un caso de desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales?</i> .....	589
4.3. La práctica del Grupo de Trabajo contra Desapariciones Forzadas e Involuntarias.....	596
4.4. La práctica del Comité contra las Desapariciones Forzadas .....	601
4.5. La práctica del Comité de Derechos Humanos .....	601
<b>CONCLUSIONES PRELIMINARES .....</b>	<b>602</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>612</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>628</b>
<b>1. DOCTRINA .....</b>	<b>628</b>
<b>2. JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>668</b>
<b>2.1. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL .....</b>	<b>668</b>
<b>2.2. JURISPRUDENCIA NACIONAL.....</b>	<b>686</b>

<b>3. DOCUMENTOS INTERNACIONALES.....</b>	<b>689</b>
<b>4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES .....</b>	<b>709</b>
<b>5. LEGISLACIÓN NACIONAL .....</b>	<b>716</b>
<b>6. ARTÍCULOS DE PRENSA.....</b>	<b>718</b>
<b>7. FUENTES AUDIOVISUALES .....</b>	<b>721</b>

## ABREVIATURAS

ICG	I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña
IICG	II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar
IIICG	III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra
IVCG	IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra
AC	Sala de Apelaciones ( <i>Appeal Chamber</i> )
ACDEGAM	Asociación de Campesinos y Ganaderos del Magdalena Medio
ACHR	Carta Árabe de Derechos Humanos
ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ACHPR	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
AG	Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas
AGOEA	Asamblea General de la Organización de Estados Americanos
AI	Amnistía Internacional
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CADHP	Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos

CAT	Comité contra la Tortura
CDH	Comisión de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CED	Comité contra las Desapariciones Forzadas
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
CGRMEU	Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos ( <i>General Claims Commission Mexico and United States</i> ).
CIA	Agencia Central de Inteligencia ( <i>Central Intelligence Agency</i> )
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
CIPPDF	Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
ComisiónIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CRC	Convención sobre los Derechos del Niño
CS	Consejo de Seguridad

DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DEA	Administración para el Control de Drogas ( <i>Drug Enforcement Administration</i> )
DPPDF	Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
EC	Elemento de los Crímenes del Estatuto de Roma
ECOSOC	Consejo Económico y Social
EML	Ejército Meridional del Líbano
ER	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
FEDEFAM	Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos
FDI	Fuerzas de Defensa de Israel
GC	Gran Sala ( <i>Grand Chamber</i> )
GTDFI	Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias
GTUM	Grupo de Trabajo sobre la Utilización de Mercenarios como Medio para Violar los Derechos Humanos y de Obstaculizar el Ejercicio del Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación
HRC	Comité de Derechos Humanos
HRCBH	Sala de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina ( <i>Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina</i> )
JNA	Ejército Popular Yugoslavo ( <i>Jugoslovenska Narodna Armija</i> )
OEA	Organización de Estados Americanos
ONGs	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas



OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PICG	Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).
PIICG	Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)
PACE	Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa
PACs	Patrullas de Autodefensa Civil
PCIJ	Corte Permanente de Justicia Internacional
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PKK	Partido de Trabajadores del Kurdistán
PRIEHII	Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SCSL	Tribunal Especial para Sierra Leona
SISMI	Servicio para las Informaciones y la Seguridad Militar ( <i>Servizio per le Informazioni e la Sicurezza Militare</i> )
TC	Sala de Juicio ( <i>Trial Chamber</i> )
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia
TRIE	Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos
VJ	Ejército de la República Federal de Yugoslavia ( <i>Vojska Jugoslavije</i> )
VRS	Ejército de la República Srpska ( <i>Vojska Republike Srpske</i> )

UBK	Servicio de Seguridad y Contra-inteligencia ( <i>Uprava za Bezbednosti I Kontrarazuznavanje</i> )
UDHR	Declaración Universal de los Derechos Humanos
UNTAET	Administración de Transición de Naciones Unidas para Timor Oriental
UNTS	United Nations Treaty Series

## **AGRADECIMIENTOS**

Antes de comenzar con la exposición de los diferentes capítulos que articulan la tesis, siento el deber de realizar algunos agradecimientos. Esta investigación ha podido concretarse gracias al financiamiento otorgado por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT) perteneciente al Gobierno de Chile. Asimismo, agradezco a todos los integrantes del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” por todas las enseñanzas recibidas y al personal de la Biblioteca de la Universidad Carlos III por su inestimable ayuda en la consecución de las fuentes.

Manifiesto mi inmensa gratitud a los directores de este trabajo de investigación Fernando Mariño Menéndez y Felipe Gómez Isa. Al profesor Mariño, un verdadero maestro en todo el sentido de la palabra, le agradezco las preguntas difíciles, las críticas constructivas y las sabias recomendaciones para fortalecer los aspectos teóricos del trabajo. Al profesor Gómez Isa le debo el esfuerzo incansable y la dedicación minuciosa en las correcciones de las versiones preliminares, el haberme contagiado su espíritu de compromiso con las víctimas, la entrega de hojas de ruta para enfrentar las dudas, la recomendación de convivir con ellas y de sobrevivir a ellas y las palabras de ánimo cuando los agobios de la tesis se hicieron poco soportables.

Gracias a otros maestros, José Luis Guzmán Dalbora y a Agustín Squella por haberme impulsado a enfrentar la formación doctoral. Otro gracias a Ana Manero, por la dirección de la tesina de máster. Por las charlas, conversaciones, sugerencias y orientaciones, mil gracias a los profesores Javier Ansuategui, Rafael de Asís, Alberto Iglesias, Ana Garrocho, Rafael Escudero, Carmen Pérez, Javier Dorado, Felipe González, Carlos Espósito y Javier Chinchón.

La tesis no hubiera acabado sin la ayuda de Nostalghia y sus integrantes, Andrés, Ricardo, Jonás y Paolo. Mi gratitud infinita hacia ellos, por su amistad comprometida y honesta y por haberme dado la oportunidad de escapar de los agobios del trabajo académico a través de la música.

Un agradecimiento especial a Salvador Cuenca, Carlos Dorn, Martha Tapia, Mónica Mazariegos, Daniela Marzi, Carmen Montesinos, Ana Cristina Portilla, Diego Peña, Silvio Cuneo, Evelyn Coronado, Leo Poblete, Karinna Fernández, Carolina Aqueveque, Sebastián Cabezas, Edith Crespo, Paco Montes, Rubén Higuera, Carlos López Cárdenas y Patricio Galella, todos ellos amigos entrañables que consciente o inconscientemente me ayudaron a alcanzar esta meta.

Gracias también a mi familia, Enzo, Cettina, Erika, Tony, Perla, Nico, Lucia, Lili y Yoa, por apoyarme incondicionalmente en este proyecto.

Esta obra va dedicada a Anyi, por su amor comprometido y militante, por haber caminado a mi lado durante este largo período, por tenderme una mano cuando he caído, por el brillo de su sonrisa cotidiana, por ayudarme a combatir las inseguridades y por haberme hecho comprender que nada en la vida tiene valor sin la experiencia de los afectos.

## INTRODUCCIÓN

La desaparición forzada de personas es una de las más atroces violaciones a los derechos humanos, debido a la brutalidad de sus conductas constitutivas y a la pluralidad de víctimas que involucra. La persona desaparecida, en efecto, no es la única afectada por este crimen, dado que su comisión vulnera los derechos de los familiares del desaparecido y de terceros. Incluso, cuando la desaparición viene cometida en el marco de crímenes de lesa humanidad, la sociedad en su conjunto sufre los embates de este ilícito, debido al carácter sistemático y generalizado de esos crímenes, a la ausencia de información sobre las víctimas y al clima de temor e incertidumbre que se expande en el tejido social.

La desaparición forzada es una práctica relativamente reciente, cuyos orígenes se remontan a la primera mitad del siglo XX. Fue utilizada por el nazismo y las dictaduras latinoamericanas de los años setenta como una estrategia para perseguir y exterminar los disidentes políticos. Posteriormente, se ha expandido como un cáncer hacia otros rincones del globo, como Asia y África. Desafortunadamente, se trata de un fenómeno que se mantiene vigente y que ha sido capaz de adaptarse a contextos contemporáneos de violencia. Sólo para dar un ejemplo, ha sido utilizada sistemáticamente, bajo la forma de entregas extraordinarias, durante la mal denominada “Guerra contra el terrorismo”.

La presente investigación se propone estudiar la responsabilidad internacional del Estado ante la comisión de desapariciones forzadas. La elección de este objeto de estudio responde a motivaciones de orden personal y académico. Las circunstancias de la vida hicieron que en la época de mi adolescencia emigrare con mi familia a Chile, un país que ha padecido en carne propia el horror de la comisión sistemática y generalizada de la desaparición forzada durante la dictadura de Pinochet<sup>1</sup>. Desde que tuve conocimiento de esta práctica, surgió en mí un profundo interés por comprender en qué consistía y por qué se recurría a ella.

---

<sup>1</sup> El relato exhaustivo sobre las desapariciones ocurridas en Chile durante la dictadura puede consultarse en COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. 3 vols. Santiago de Chile: s.e., 1996, especialmente, t. II, pp. 744-ss.

La pulsión de esta curiosidad fue alimentada por un sentimiento contradictorio que amalgamaba asombro y rechazo, porque se me hacía difícil comprender cómo era posible que en una sociedad se llegara a implementar la comisión sistemática de un crimen tan perverso como la desaparición forzada, contra seres humanos cuyo único pecado había sido compartir una ideología política. Aunque esta tesis no se dedica al análisis del caso chileno ni al de un país determinado, en lo personal representa una pequeña contribución al estudio de los horrores cometidos durante una de las épocas más oscuras del país en que he crecido, me he formado y he forjado una parte importante de mis vínculos afectivos. Se trata de una deuda que tenía que ser saldada para recambiar la gratitud de su pueblo.

La elección del tema de este trabajo, además, descansa en justificaciones académicas. Dado que la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas* ha entrado recientemente en vigor el 23 de diciembre de 2010, consideré que podía resultar interesante estudiar la desaparición forzada desde la óptica del Derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior cobra más sentido si se tiene en cuenta que, pese a la actualidad y expansión del fenómeno, casi no existen trabajos doctrinarios monográficos que hayan adoptado ese enfoque. Pues bien, el objetivo principal del trabajo estriba en el análisis de las pautas normativas en cuya virtud es posible concretar la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas.

La codificación del régimen general de la responsabilidad internacional del Estado se ha consagrado en el *Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, elaborado el año 2002 por la Comisión de Derecho Internacional. La propuesta de la investigación es analizar la aplicación de ese marco general al fenómeno de la desaparición forzada, asumiéndose como premisa que existen vasos comunicantes entre el régimen general de la responsabilidad internacional del Estado y el Derecho internacional de los derechos humanos. Esta premisa no es sólo metodológica, sino que además se inspira en la convicción de que una mejor protección de los derechos humanos puede verse favorecida si se recurre a la normativa general sobre la responsabilidad internacional estatal.

Cabe aclarar que la investigación no se referirá al análisis de la responsabilidad penal internacional que recae sobre los autores y partícipes de la desaparición forzada.

Esa problemática requiere un tratamiento basado en las herramientas conceptuales y dogmáticas del Derecho penal internacional, con lo cual no puede ser abordada en este trabajo, atendido a sus premisas metodológicas y limitaciones espaciales y temporales.

Ahora bien, la teoría de la responsabilidad internacional del Estado se erige sobre la base de una noción capital: el hecho internacionalmente ilícito, esto es, una acción u omisión imputable al Estado que viola una obligación internacional vigente. El hecho internacionalmente ilícito está integrado por dos elementos esenciales. El primero es la ilicitud, que consiste en la violación de una obligación internacional y el segundo es la imputabilidad o atribución, que consiste en una operación jurídica por medio de la que se valora si un comportamiento realizado por una persona puede considerarse un acto del Estado.

Tomando en cuenta la noción de hecho internacionalmente ilícito, esta tesis ha sido estructurada en dos partes. La primera parte se dedica al análisis de la desaparición considerada como un ilícito internacional, a diferencia de la segunda parte, que se preocupa de los criterios o reglas de atribución aplicables a casos de desapariciones forzadas.

La primera parte está integrada por cinco capítulos. En el primer capítulo, de carácter introductorio, se exponen algunas aproximaciones generales sobre la desaparición forzada. Como antesala al resto de la tesis, este capítulo pretende ofrecer una primera toma de contacto mediante el estudio de la desaparición como un fenómeno fáctico, histórico y normativo. Así, explica en qué consiste la desaparición forzada en los hechos, escudriña su origen como fenómeno histórico y analiza el marco normativo internacional que la regula desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho penal internacional y el Derecho internacional humanitario.

El segundo capítulo aborda el concepto de la desaparición forzada, basándose en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de Derecho penal internacional que contemplan una definición de la misma y prestándose una atención especial a la definición consagrada en la Convención Internacional. La definición de la desaparición está integrada por tres elementos, que son la privación de libertad, la denegación de información y el sujeto activo. Existe debate sobre la naturaleza de la sustracción a la

protección de la ley, que para algunos es un elemento conceptual y para otros, una consecuencia de los elementos definatorios anteriores.

Cada uno de estos elementos requiere un estudio detallado, dado que una buena comprensión de la definición de la desaparición es esencial para una interpretación adecuada de las obligaciones internacionales relacionadas con este fenómeno. Además, todos los elementos han planteado algunos problemas dogmáticos que han generado arduos debates. De ellos se da cuenta en los diversos epígrafes del capítulo, exponiéndose críticamente las diversas posturas enfrentadas.

Para el estudio de la definición de la desaparición forzada han sido muy útiles las actas y documentos de los trabajos preparatorios de la Convención Internacional, porque a lo largo del proceso de su redacción las delegaciones participantes defendieron diversas posturas sobre el contenido e interpretación de cada elemento conceptual.

Para una delimitación más acotada de las fronteras conceptuales de la desaparición forzada, el tercer capítulo aborda un estudio comparativo-conceptual entre la desaparición y otras figuras afines, específicamente, la ejecución extrajudicial, el secuestro, la tortura y la detención ilegal. En cada uno de esos paralelos se recalcan las principales diferencias y similitudes, a fin de valorar si la desaparición forzada es un ilícito conceptualmente autónomo e independiente, dotado de ciertos caracteres que lo distinguen de otros ilícitos afines y que requiere un tratamiento jurídico especializado.

El cuarto capítulo se dedica a desglosar las diferentes obligaciones internacionales que los Estados deben cumplir a propósito de la desaparición. El capítulo comienza con algunos epígrafes aclaratorios que tienen por objeto familiarizar al lector con las nociones más relevantes de la teoría de la responsabilidad internacional del Estado. Acto seguido, se explican las razones que justifican la aplicación del régimen normativo general de la responsabilidad internacional del Estado en ámbitos vinculados con el Derecho internacional de los derechos humanos. Para tal efecto, se asume que esta rama del Derecho internacional goza de una cierta independencia, pero sin conformar un sistema normativo autosuficiente.

El capítulo también propone una sistematización de las obligaciones internacionales sobre la desaparición forzada, tomando como punto de referencia la distinción general entre obligaciones de respeto y garantía. Así, se distinguen cuatro



ámbitos obligacionales, relacionados con la prevención, la investigación, la sanción y la reparación, añadiéndose una referencia a ciertas obligaciones especiales sobre niños afectados por la desaparición. Respecto de cada uno de estos ámbitos, se identifican y analizan deberes más específicos.

La primera parte de la investigación concluye con un capítulo destinado al estudio del carácter permanente de la desaparición forzada como hecho internacionalmente ilícito. Aunque en la práctica internacional se defiende sin mayor reparo esta cualidad, su aplicación ha generado muchos problemas en relación con la competencia temporal de los tribunales y órganos internacionales ante casos de desapariciones que comenzaron con anterioridad a la entrada en vigencia de un tratado y continuaron cometiéndose con posterioridad a ese momento. Los diferentes apartados del capítulo demuestran que este problema no ha sido tratado con uniformidad en las instancias internacionales. La complejidad técnica de esta cuestión y la problematicidad que ha generado su aplicación práctica, justifican un análisis exhaustivo del asunto en un capítulo separado.

Por lo tanto, mediante estos primeros cinco capítulos, se pretende esgrimir una visión pormenorizada de la desaparición forzada como un hecho internacionalmente ilícito. En cambio, la segunda parte de la tesis tratará los criterios que pueden aplicarse para atribuir al Estado ese hecho ilícito. Debe señalarse que las principales reglas de atribución han sido reguladas en el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional. Lo que propone esta segunda parte es estudiar dichas reglas de atribución en relación con las categorías de sujetos activos que pueden incurrir en la comisión de una desaparición forzada.

El primer paso para enfrentar este análisis estriba en una sistematización de los sujetos activos. Para tal efecto, se ha distinguido entre agentes estatales y agentes no estatales, atendido a si pertenecen o no a la estructura orgánica de un Estado. Luego, se ha subclasificado los agentes no estatales entre aquellos que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado y aquellos que actúan sin detentar relación alguna con el Estado.

Cabe adelantar que, según la opinión tradicional imperante en la doctrina y la práctica internacional, la desaparición forzada no puede configurarse si no hay una

intervención directa o indirecta del Estado. Sin embargo, algunas posiciones recientes están planteando la posibilidad de que agentes no estatales desvinculados del Estado también pueden ser autores de desaparición forzada. De hecho, el Estatuto de Roma y la Convención Internacional parecen aceptar esta tendencia, aunque las disposiciones que se refieren al asunto son ambiguas, generando muchos problemas de interpretación. De este debate se da cuenta en la primera parte de la tesis, cuando se habla del sujeto activo como elemento definitorio de la desaparición, aunque a lo largo de la segunda parte del trabajo es inevitable ir revaluando el problema desde la óptica de la imputabilidad del hecho ilícito.

Ahora bien, las clasificaciones del sujeto activo se han elaborado a raíz de lo que disponen sobre la materia los diversos instrumentos internacionales sobre la desaparición forzada. Por ende, son clasificaciones que detentan un sustrato normativo y que atienden a criterios claros de diferenciación, a saber, la pertenencia al organigrama estatal y, respecto de los agentes no estatales, la presencia de alguna vinculación con el Estado en términos de autorización, apoyo o aquiescencia.

En cierta medida, las reglas de atribución de la ilicitud también prestan atención a la presencia de alguna vinculación entre el sujeto que realiza el comportamiento y el Estado. Por esta razón, se ha considerado que la clasificación de los sujetos activos podía ser empleada para sistematizar el estudio de las reglas de atribución de la desaparición forzada. En consecuencia, la segunda parte de la tesis ha sido subdividida en tres capítulos, dedicándose cada uno de ellos al estudio de las reglas de atribución aplicables a cada categoría de sujeto activo.

Pues bien, el capítulo VI se dedica a la atribución de la desaparición cometida por agentes estatales, mediante la aplicación del principio de unidad del Estado como criterio de imputabilidad y la regla sobre los actos *ultra vires*.

Por su parte, el capítulo VII aborda la imputabilidad de las desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. La primera regla de atribución a la que se hace referencia es la del comportamiento de una persona o entidad que ejerce un poder público, reflexionándose sobre su probable procedencia para imputar desapariciones cometidas

por organizaciones de mercenarios, compañías privadas de seguridad o compañías militares privadas.

Acto seguido, el capítulo da cuenta del debate que se ha planteado a propósito del contenido de los estándares de control y de instrucciones como reglas de atribución. Así, explica que la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia han interpretado el contenido de estos criterios de un modo antagónico y reflexiona cuál es la interpretación más adecuada para solucionar los problemas de imputabilidad de violaciones graves a los derechos humanos. Habiendo aclarado el estado de la cuestión, el capítulo analiza cómo ha sido abordado el problema en la práctica internacional sobre desapariciones forzadas, centrándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre desapariciones cometidas en Colombia y Guatemala por parte de agrupaciones paramilitares que actuaron en connivencia con el Estado y en la práctica nacional e internacional sobre las entregas extraordinarias.

El octavo y último capítulo, quizás es el más polémico de la investigación. Se dedica a la atribución de las desapariciones forzadas cometidas por sujetos que actúan sin tener vinculación alguna con el Estado. Para tal efecto, comienza con una exposición general sobre la proliferación de los agentes no estatales y el aumento paulatino de su protagonismo en las relaciones internacionales. Acto seguido, enfrenta la difícil tarea de conceptualizar el agente no estatal, constatando que se trata de una noción amplia que puede asumir diferentes significados dependiendo del contexto de aplicación. Con independencia de esta vaguedad conceptual, se asume que ciertas categorías de agentes no estatales tienen la capacidad de vulnerar derechos humanos, siendo éstos los sujetos que interesan a los fines de la investigación.

Debe aclararse que no se hará referencia a la responsabilidad penal que puede recaer sobre los integrantes de organizaciones no estatales, ni al problema de la responsabilidad internacional que puede afectar a la organización como sujeto colectivo. Por tanto, el capítulo sólo se dedica a analizar la responsabilidad que recae sobre el Estado ante desapariciones forzadas en cuya comisión no ha tomado participación.

En el Derecho internacional de los derechos humanos, el estándar de diligencia debida ha asumido un papel protagónico en el tratamiento de la responsabilidad

internacional del Estado ante violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales. En efecto, aunque el Estado no participe directamente en la comisión de violaciones a los derechos humanos, puede ser responsabilizado si, conociendo o debiendo conocer un riesgo de afectación de un derecho humano, no adopta todas las medidas razonables que estén a su alcance para evitar la afectación de ese derecho. Esos dos requisitos, el conocimiento del riesgo y la adopción de medidas razonables, integran el estándar de diligencia debida. El capítulo, por ende, ofrece una visión panorámica de este estándar, refiriéndose a su origen, conceptualización, naturaleza jurídica, vinculación con los derechos humanos y los principales ámbitos de aplicación, que son la prevención y la sanción.

Al igual que en los anteriores capítulos, se ofrece un análisis pormenorizado de la práctica internacional sobre responsabilidad estatal ante desapariciones cometidas por sujetos no estatales y desapariciones de autoría indeterminada, esto es, aquellas respecto de las cuales no fue posible acreditar en el proceso si el autor era un agente estatal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado en su jurisprudencia una teoría que razona en términos de diligencia debida para valorar la responsabilidad estatal en situaciones que presentan un riesgo para la vida de las personas. Una sección relevante de esa jurisprudencia se refiere a casos de desapariciones forzadas en que no fue posible determinar si el autor fue un sujeto estatal o no estatal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cambio, no ha tratado explícitamente un caso de desapariciones forzadas cometido por agentes no estatales, aunque en su jurisprudencia ha destacado *obiter dicta* que los Estados tienen la obligación de prevenir e investigar todas las desapariciones forzadas, con independencia de la calidad del autor. El capítulo concluye con la exposición de la práctica sobre la posibilidad de que los agentes no estatales puedan cometer desapariciones, aludiendo a las posiciones esgrimidas por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra las Desapariciones Forzadas.

La investigación no se dedicará a un análisis pormenorizado de las consecuencias que surgen de la comprobación de la responsabilidad internacional. Entre estas consecuencias, la más importante es la reparación. Ésta última, será tratada como una obligación general imperante en materia de desapariciones, pero no se realizará un estudio exhaustivo sobre el tópico. Asimismo, la tesis tampoco se referirá a los

mecanismos de protección que puede hacer valer el Comité contra las Desapariciones Forzadas de conformidad a lo prescrito en la Convención Internacional. Este órgano de supervisión realizó sus primeras sesiones durante las primeras etapas de esta investigación doctoral. Por ende, la ausencia de una práctica consistente fue considerada como razón principal para excluir el estudio de esta materia, postergándolo para futuras investigaciones.

Antes de concluir esta introducción, es pertinente dedicar algunos párrafos a la explicación de la metodología empleada para el desarrollo de la investigación. En general, el enfoque metodológico que se ha adoptado, por una parte, es empírico de tipo descriptivo-sistemático y, por otra parte, es teórico de tipo crítico-propositivo. De ese modo, en cada uno de los capítulos del trabajo se dará cuenta del estado actual de la problemática sometida a análisis, otorgándose una visión panorámica y sistematizada de los aspectos más importantes. Sobre la base de ese sustrato descriptivo, se pretende abordar con sentido crítico los nudos dogmáticos que han generado mayor debate, tomándose partido por las posiciones que se consideran más adecuadas para la protección de los derechos humanos en juego y exponiéndose las razones que justifican esas decisiones.

Aunque el Derecho internacional de los derechos humanos se utiliza como un enfoque metodológico transversal, muchos de los tópicos a explicar requieren perspectivas complementarias de Derecho penal internacional y de Derecho internacional humanitario. Por lo demás, todas estas ramas del Derecho internacional no conforman compartimentos estancos, sino que se retroalimentan entre sí.

Las fuentes documentales a las que se ha recurrido para el seguimiento de esa hoja de ruta son, principalmente, jurisprudenciales y doctrinarias. La jurisprudencia representa una herramienta de gran utilidad para analizar la concreción de los principios y las normas jurídicas en la práctica. El Derecho es una disciplina que se caracteriza por su generalidad, siéndole imposible regular exhaustivamente todos los aspectos de la realidad. Por esta razón, la jurisprudencia es una fuente que posee una gran riqueza argumentativa y que permite ilustrar cómo funciona el Derecho en la praxis.

Sin embargo, debe advertirse que esta investigación no es un estudio de casos, porque no está dirigida al análisis de las desapariciones cometidas en un contexto

específico de violencia acontecido en una zona geográfica y en período de tiempo determinado. Pese a ello, es una investigación que se nutre constantemente de la experiencia del *case law* para comprobar qué instituciones jurídicas funcionan eficazmente en la prevención, sanción y reparación de las desapariciones forzadas y para criticar aquellas que generan injusticias o resultan ineficaces.

En general, se ha priorizado el análisis de las sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que ambos tribunales se han pronunciado sobre varios casos de desapariciones forzadas cometidas en diferentes contextos de violencia. También se ha recurrido a los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos sobre quejas individuales vinculadas con casos de desapariciones forzadas. Asimismo, cuando se ha estimado de interés para la exposición de algún tópico, se ha revisado la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, los tribunales penales internacionales, los tribunales híbridos o mixtos, los tribunales arbitrales e incluso los tribunales nacionales.

Por otra parte, han sido de gran utilidad los informes de órganos internacionales, especialmente de Naciones Unidas. Para tal efecto, se han priorizado los comentarios y observaciones generales del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias y el Comité de Derechos Humanos. También se ha recurrido a varios informes elaborados por una gama muy diversa de órganos internacionales, entre otros, la Comisión de Derecho Internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja y organismos pertenecientes a la Organización de Estados Americanos, la Organización de Naciones Unidas, la Unión Europea y el Consejo de Europa.

Para la exposición de todas las materias abordadas en la investigación también se ha consultado la doctrina internacionalista, priorizando la consulta de los autores que se han dedicado específicamente al estudio de los diferentes aspectos de la desaparición forzada. Para tal efecto, se han consultado las pocas monografías existentes y numerosos artículos de revistas académicas.

También ha sido indispensable recurrir a los instrumentos internacionales de *hard* y *soft law*, especialmente, para identificar el marco normativo de ciertas instituciones. Para la ilustración de cuestiones de actualidad se ha recurrido a la cita de artículos de prensa. Finalmente, en algunas ocasiones se citan fuentes audiovisuales,

como obras cinematográficas y documentales, asumiéndose la premisa de que el cine, tanto el documental como el de ficción, puede ser una buena herramienta pedagógica para la enseñanza del Derecho, para situar el lector en el contexto del fenómeno que se pretende tratar e incluso para sensibilizarlo<sup>2</sup>.

Julio CORTÁZAR escribió hace unos años que *“es imposible enfrentar el hecho de las desapariciones sin que algo en nosotros sienta la presencia de un elemento infrahumano, de una fuerza que parece venir de las profundidades, de esos abismos donde inevitablemente la imaginación termina por situar a todos aquellos que han desaparecido. Si las cosas parecen relativamente explicables en la superficie –los propósitos, los métodos y las consecuencias de las desapariciones–, queda sin embargo un trasfondo irreductible a toda razón, a toda justificación humana”*<sup>3</sup>. Con la conciencia de que la desaparición forzada se caracteriza por ese reducto de irracionalidad que no puede ser explicado a través de la razón y que atenta contra el sentido intrínseco de la humanidad, la presente investigación simplemente pretende aportar un pequeño grano de arena al estudio de los mecanismos que emergen del Derecho internacional para combatir este ilícito internacional, prevenir su comisión, perseguir su extinción definitiva como práctica delictiva, reducir los márgenes de impunidad mediante la sanción de los perpetradores y otorgar un reconocimiento y alivio a las víctimas mediante la reparación.

---

<sup>2</sup> Las conexiones teóricas que existen entre el cine y el Derecho están siendo objeto de interesantes estudios doctrinarios. Para un ejemplo representativo, vid. la magnífica colección editada por Tirant lo Blanch titulada “Cine y Derecho”. La lista de los libros que integran la colección puede consultarse en la página web de la editorial, disponible en <http://www.tirant.com/editorial/index2col?col=2324&beg=0&>. [Consulta: 1 de agosto de 2014].

<sup>3</sup> CORTÁZAR, Julio. “Negación del olvido”, *Araucaria Chile*, n° 14, 1982, p. 21.

# **PRIMERA PARTE: LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO UN HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO**

## **CAPÍTULO I: APROXIMACIONES GENERALES A LA DESAPARICIÓN FORZADA**

### **ACLARACIONES PRELIMINARES**

Este primer capítulo tiene un carácter esencialmente introductorio y su objetivo principal consiste en familiarizar al lector con la desaparición forzada. Para tal efecto, se ofrece una visión panorámica del fenómeno enfocado desde múltiples perspectivas. Así, se explicará en qué consiste la desaparición forzada en los hechos, se expondrán sus antecedentes históricos y se pasará revista a los instrumentos internacionales que han sido elaborados para la prevención, sanción y reparación de este ilícito.

### **1. LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO UN FENÓMENO FÁCTICO**

Para abordar el análisis del entramado jurídico e institucional de la desaparición forzada es necesario, como paso previo, conocer las principales características fácticas de este delito. El propósito de este epígrafe, por tanto, es otorgar una sucinta descripción de la desaparición forzada como fenómeno fáctico, que sirva de antesala al resto de los contenidos que serán tratados a lo largo del trabajo. Básicamente, se pretende describir los patrones generales de ejecución de este delito, tomando en consideración la información aportada por la práctica<sup>4</sup>. Se aludirá brevemente a las etapas de ejecución de la desaparición forzada y a las características principales de los perpetradores y las víctimas.

Pues bien, la comisión de una desaparición forzada comprende dos etapas. La primera de ellas consiste en la privación de libertad de una persona. La segunda etapa,

---

<sup>4</sup> SCOVAZZI, Tullio/CITRONI, Gabriella. *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nation Convention*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2007, pp. 10-11.



en cambio, está representada por la denegación de información sobre la suerte y el paradero de la persona privada de libertad<sup>5</sup>.

Según la concepción tradicional, la desaparición forzada es un delito de Estado, es decir, sólo puede ser cometida por agentes estatales. En la mayoría de los casos, efectivamente, la privación de libertad se practica por sujetos que pertenecen a las fuerzas de seguridad del Estado, como la policía, el ejército o alguna agencia de inteligencia. Sin embargo, las visiones más contemporáneas de la desaparición forzada son más aperturistas, al considerar que también puede ser ejecutada por agentes no estatales, por ejemplo, agrupaciones paramilitares o grupos de oposición armada. La calidad del sujeto autor de la desaparición es un problema conceptual que será abordado en su debido momento<sup>6</sup>.

La privación de libertad se practica en sitios muy diversos, generalmente, en el hogar de la víctima, en su lugar de trabajo o en la vía pública. Para procurarse impunidad, los agentes suelen actuar de noche, utilizan vehículos sin patente, ocultan sus rostros o visten de civil. Hay casos en que los perpetradores ni siquiera hablan mientras realizan la detención, comunicándose mediante gestos. Generalmente, las detenciones son ilegales y arbitrarias, realizadas sin la existencia de orden de detención, ni de causa legal y con flagrante infracción de las garantías procesales que le asisten a todo detenido<sup>7</sup>.

La detención suele ser secreta e incomunicada. Que sea secreta significa que se niega su existencia y se oculta o destruye la información sobre la suerte, el paradero y el

---

<sup>5</sup> La subdivisión en dos etapas es un reflejo de las dos conductas delictivas que integran la noción de la desaparición forzada. Vid. al respecto, CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de Derecho penal internacional*. Partes general, especial y procedimental ante la Corte Penal Internacional. Bogotá: Leyer, 2004, p. 196. Sin embargo, STEVENS, Philip. "The International Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances - A Welcoming Response to a Worldwide Phenomenon with Limited Relief", *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg. Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, vol. 73(3), 2010, pp. 370-371, diferencia cuatro fases: 1) la privación de libertad; 2) la denegación de información; 3) el interrogatorio mediante uso de tortura; y 4) la ejecución extralegal de la víctima.

<sup>6</sup> Vid. Capítulo II, § 3.

<sup>7</sup> Cfr. NOWAK, Manfred. "Disappearances in Bosnia-Herzegovina", en O'FLAHERTY, Michael/GISVOLD, Gregory (eds.), *Post War Protection of Human Rights in Bosnia and Herzegovina*. La Haya-Londres-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 348; OTT, Lisa. *Enforced Disappearances in International Law*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2011, p. 1; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 8.

estado de salud de la víctima. La incomunicación, en cambio, impide a la víctima el contacto con sus familiares, amigos o abogados<sup>8</sup>.

Tras la aprehensión, la víctima suele ser llevada a un centro de detención clandestino que no aparece registrado como un lugar oficial del aparato penitenciario público. Generalmente, no se practica registro alguno de la privación de libertad y se omite el control de la legalidad de la detención que debe realizar el órgano jurisdiccional competente. En muchas ocasiones, la víctima es trasladada de un centro a otro, a fin de provocar su desorientación, imposibilitarle el reconocimiento de los lugares de detención y dificultar la actividad de búsqueda de los familiares<sup>9</sup>. También puede ocurrir que la víctima sea mantenida privada de libertad en un lugar de detención oficial. En esos casos, seguirá habiendo desaparición forzada si se deniega la información sobre la situación de la persona privada de libertad.

Una de las características más macabras de la desaparición es el sometimiento de la víctima a tortura. Por lo general, las víctimas vienen torturadas para la obtención de información, aunque hay casos en que el tormento se inflige simplemente a modo de castigo o represalia<sup>10</sup>.

Después de haber sido torturada, la víctima suele ser ejecutada extrajudicialmente. Sus restos mortales vienen ocultados o destruidos, para no dejar ningún rastro probatorio que permita identificar a los responsables y esclarecer los hechos. Los cadáveres suelen ser lanzados al mar, sepultados en fosas comunes no identificadas, arrojados en lugares recónditos o destruidos de las más diversas y horribles maneras<sup>11</sup>.

Más adelante se discutirá si la tortura y la ejecución extrajudicial son elementos conceptuales de la desaparición. Por ahora, basta con aclarar que los contextos de desaparición forzada suelen ir asociados a la práctica de torturas y ejecuciones extrajudiciales.

---

<sup>8</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 1; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 9. Sobre la detención secreta e incomunicada vid. Capítulo III, § 4.2.2.1.

<sup>9</sup> SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 9.

<sup>10</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 1; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 9.

<sup>11</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 1-2; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 10.

En todo este proceso, compuesto por etapas relativamente diferenciables, participa un número considerable de personas desempeñando diferentes papeles en la cadena de los acontecimientos. En base a esta multiplicidad de etapas y a la participación de una pluralidad de personas, suele afirmarse que la desaparición es una práctica compleja<sup>12</sup>. La complejidad de la desaparición forzada, más allá de una caracterización práctica, proyecta una serie de importantes repercusiones jurídicas vinculadas con las más diversas materias, entre otras, la competencia temporal de los tribunales, las causas de extinción de la responsabilidad penal, la regulación de la autoría y participación o la configuración de la culpabilidad del autor.

La desaparición forzada es un crimen generador de impunidad, porque sus características comisivas dificultan o imposibilitan la investigación de los hechos y la identificación de los responsables a través de un proceso judicial. De hecho, uno de los fines de la desaparición es el ocultamiento y la destrucción de los medios de prueba a fin de procurar la impunidad a los perpetradores. La víctima desaparece a partir de la detención, ya que desde ese momento se pierde todo rastro sobre su persona. No suele existir documentación sobre la privación de libertad, ni sobre los sujetos que practicaron la detención o intervinieron en la custodia de la persona desaparecida. Los testigos no suelen ser muchos, porque la víctima no mantiene contacto con otras personas, salvo que con sus captores u otros detenidos que probablemente correrán su misma suerte. El ocultamiento o la destrucción de los restos mortales, asimismo, imposibilitan determinar la fecha y causa de muerte, las torturas sufridas por la víctima y la modalidad de su ejecución<sup>13</sup>.

El conjunto de todos estos factores genera una situación de incertidumbre fáctica, porque se desconoce qué ha ocurrido con la persona desaparecida, dónde está y si aún vive o no. Pero también se trata de una incertidumbre jurídica, porque a la persona desaparecida se le impide gozar y ejercer sus derechos y se la sustrae de

---

<sup>12</sup> Cfr. CRYER, Robert/FRIMAN, Håkan/ROBINSON, Darryl/WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2007). 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 263; RODLEY, Nigel/POLLARD, Matt. *The Treatment of Prisoners under International Law* (1987). 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 337; VERMEULEN, Marthe Lot. "The Duty to Take Preventive Operational Measures. An Adequate Legal Tool to Hold States Responsible in Enforced Disappearance Cases?" en BUYSE, Antoine. *Margins of Conflict*. The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2011, pp. 157-158.

<sup>13</sup> VERMEULEN. *Enforced Disappearance*. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012, p. 248.

cualquier tipo de protección que puede brindarle el Derecho, ya que la ausencia de información anula la eficacia de las acciones y los recursos legales.

El status jurídico del desaparecido queda en una suerte de limbo, no sólo en relación con las garantías procesales que le asisten como detenido, sino también en el resto de su capacidad jurídica. Basta pensar en las dificultades que surgen en relación con su vínculo laboral, la gestión de sus bienes y la transmisión de su herencia. Muchas veces los familiares mantienen viva la esperanza de que el desaparecido se mantenga con vida y esta esperanza desincentiva el ejercicio de los trámites legales sobre la declaración de la muerte presunta del desaparecido, con todas las consecuencias que ello implica en el ámbito civil, comercial y familiar<sup>14</sup>.

La desaparición forzada de personas no sólo afecta a la persona desaparecida, sino que también a sus familiares y a toda la sociedad. Por esta razón es posible hablar de una triple victimización.

Tan pronto los familiares reciben la noticia de la aprehensión de su ser querido, comienzan una búsqueda incansable a fin de recabar cualquier tipo de información. Así, emprenden un largo peregrinaje por los centros de detención, estaciones de policía, cárceles, instalaciones militares y cualquier otro lugar en que su familiar pueda estar detenido. Golpean las puertas de innumerables despachos, rogando a las más diversas autoridades que les proporcionen alguna noticia o que ejerzan su influencia para obtener la liberación del desaparecido o la entrega de sus restos mortales.

En muchas ocasiones, los familiares interponen recursos legales ante los tribunales de justicia, por todos, el *habeas corpus*, intentando cuestionar la legalidad formal y material de la detención y requiriendo la búsqueda y puesta en libertad de la persona desaparecida<sup>15</sup>. La experiencia ha demostrado que las características fácticas de la desaparición menguan la eficacia de estos recursos. Además, en muchos contextos las desapariciones se realizan al amparo de una judicatura que, por temor a las represalias o por adherencia a la política del régimen, actúa como cómplice, coadyuvando a la ocultación de la información, negándose a la realización de una investigación eficaz y a la adopción de las medidas pertinentes para salvar la vida del desaparecido y denegando

---

<sup>14</sup> Vid. Capítulo IV, § 3.7.6.

<sup>15</sup> SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 9.

sistemáticamente las acciones judiciales<sup>16</sup>. En ocasiones los familiares no emprenden ninguna acción por temor a eventuales represalias<sup>17</sup>.

La incertidumbre y la falta de información sobre la persona desaparecida y el fracaso de las acciones judiciales, someten a los familiares a un estado de profundo estrés y angustia que se prolonga mientras dure la desaparición. Incluso ante la probabilidad concreta de que la persona desaparecida haya muerto, los familiares no pueden enfrentar adecuadamente el luto, ni pueden practicar los ritos fúnebres de acuerdo con su religión y cultura. El dolor de los familiares, generalmente, se aplaca con el otorgamiento de información fidedigna sobre lo ocurrido, la entrega de los restos mortales de la víctima, la puesta en marcha de medidas de reparación integral y el castigo de los responsables. El sufrimiento de cada familiar es único e irrepetible y posee peculiaridades propias, con lo cual las generalizaciones sobre las necesidades y pretensiones de las víctimas deben realizarse con mucho cuidado y sobre la base de estudios estadísticos objetivos.

La desaparición también puede perjudicar material o económicamente a los familiares de la persona desaparecida, especialmente, cuando ésta era quien proveía el sustento en el hogar común<sup>18</sup>.

Por lo tanto, el conjunto de todos estos factores permite fundamentar la calidad de víctimas de los familiares y de otras personas cercanas a la persona desaparecida que sufren alguna clase de perjuicio<sup>19</sup>. Por estas razones, el concepto jurídico de víctima de la desaparición forzada es muy amplio, porque además de incluir a la persona desaparecida, comprende a toda persona que haya sufrido un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición<sup>20</sup>.

La desaparición forzada también asume una dimensión colectiva, especialmente, cuando cumple las características de un crimen de lesa humanidad. Estos crímenes se caracterizan por un ataque sistemático y generalizado contra la población civil. En los contextos en que la desaparición forzada alcanza un nivel de ejecución masiva, viene utilizada como una política destinada a implantar el miedo en la sociedad, a fin de

---

<sup>16</sup> SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 10.

<sup>17</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 1; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 10.

<sup>18</sup> OTT, op. cit., p. 1.

<sup>19</sup> Cfr. ibíd.; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 9.

<sup>20</sup> Vid. Capítulo IV, § 3.7.2.

amedrentar a la oposición política y desincentivar cualquier atisbo de disidencia. En esas situaciones, la sociedad en su conjunto también sufre las consecuencias de la desaparición, porque experimenta congoja e incertidumbre mientras se prolongue el desconocimiento de la verdad sobre la suerte de las personas desaparecidas.

Ahora bien, la desaparición asume aspectos particulares cuando las víctimas son personas que pertenecen a algunos grupos vulnerables, como los niños, las mujeres o los pueblos indígenas. Los niños pueden verse afectados de diversas formas por la práctica de la desaparición forzada. En primer lugar, si los niños sufren un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición forzada de otras personas, deberán ser incluidos en el concepto amplio de víctimas. De esa manera, los hijos de personas desaparecidas deben ser considerados víctimas en la gran mayoría de los casos. La segunda modalidad de afectación es la desaparición forzada *per se* de niños y adolescentes. Finalmente, la tercera y última modalidad de afectación es la apropiación de los hijos de las personas desaparecidas, tanto de los que nacen durante el cautiverio de la madre, como de los que son secuestrados junto con sus progenitores. En algunos casos, los sujetos “apropiadores” son personas que desconocen el origen ilícito de la desaparición, que obrando de buena fe realizan los trámites legales necesarios para la formalización de la adopción. Sin embargo, la experiencia de algunos países ha demostrado la práctica sistemática y generalizada de apropiaciones de niños por parte de sujetos que conocen perfectamente el origen del niño y que, en algunos casos, son los mismos captores o torturadores de sus padres<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Para un análisis de estas modalidades de afectación, cfr. ANDREU-GUZMÁN, Federico. “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, *The Review (International Commission of Jurists)*, n° 62-63, septiembre 2001, p. 80; CALVET MARTINEZ, “The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances”, cit., p. 545-546; OTT, op. cit., p. 2; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., pp. 15-2, en relación con los niños desaparecidos en Argentina, Guatemala y El Salvador.

Durante la década de los ochenta del siglo pasado, época en la cual comenzaron los primeros juicios de reclamación de filiación sobre los niños apropiados en Argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, ComisiónIDH) dedicó un capítulo del informe anual 1987-1988 a esta situación y que, entre otras cuestiones, se refería a las modalidades de afectación. Vid. ComisiónIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev. 1, 16 de septiembre de 1988, capítulo V(I), titulado “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”.

Los contextos de apropiación y desaparición masiva de niños y adolescentes, desafortunadamente, no son una rareza. A modo de ejemplo, puede hacerse una brevísima referencia a los casos de Argentina, El Salvador y España. En lo que respecta a Argentina, el informe de la COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP). *Nunca Más*. Barcelona: Seix Barral/Eudeba, 1985, dedica un epígrafe a los “Niños desaparecidos y embarazadas” (capítulo II.A, pp.

299-ss.) y otro a los “Adolescentes” (capítulo II.B, pp. 323-ss.). Los escalofriantes testimonios de las víctimas dan cuenta de una política organizada de la apropiación ilegal de bebés, quienes venían secuestrados junto con sus padres o nacían en condiciones infrahumanas durante el cautiverio de la madre. La organización ABUELAS DE PLAZA DE MAYO, tras un encomiable esfuerzo que viene prolongándose por más de tres décadas, ha logrado la identificación de 115 casos, aunque se trata de una cifra destinada a aumentar. Vid. “Listado de casos resueltos”, disponible en <http://www.abuelas.org.ar/Libro2010/index.php>, [Consulta: 28 de julio de 2014]. Cfr. el listado “Niños desaparecidos-Jóvenes Localizados 1975-2011”, disponible en [http://www.abuelas.org.ar/Libro2010/index\\_indice.php](http://www.abuelas.org.ar/Libro2010/index_indice.php), [Consulta: 28 de julio de 2014], que clasifica los casos en cuatro categorías: 1) Niños desaparecidos junto a sus padres; 2) niños nacidos durante el cautiverio de sus madres; 3) niños y parejas localizados asesinados, muchos de los cuales no llegaron a nacer ; 4) niños localizados y restituidos. La suma de todos los casos supera las trecientas víctimas. El artículo periodístico de REBOSSIO, Alejandro, *Una lista para la esperanza: los 105 hijos de secuestradas recuperados en Argentina* [En línea], *El País*, 5 de julio de 2012. Disponible en [http://internacional.elpais.com/internacional/2012/07/05/actualidad/1341484432\\_107432.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2012/07/05/actualidad/1341484432_107432.html). [Consulta: 9 de julio de 2014], relata sumariamente la historia de algunas personas identificadas.

Recientemente ha sido comprobada la identidad del nieto nº 114, cuya abuela es Estela Carlotto, presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo. Para la consultas de algunas notas de prensa, cfr. *El abrazo soñado. “No podía creer que le dijera abu”* [En línea]. *Página 12*, 7 de agosto de 2014. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-252434-2014-08-07.html>. [Consulta: 7 de agosto de 2014]; *Memoria, verdad y justicia. Un «giro drástico» en la causa por la apropiación* [En línea]. *Página 12*, 7 de agosto de 2014. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-252440-2014-08-07.html>. [Consulta: 7 de agosto de 2014]; PEREGIL, Francisco. *El nieto de Estela de Carlotto: “Me parece maravilloso y mágico todo esto”* [En línea]. *El País*, 8 de agosto de 2014. Disponible en [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/08/actualidad/1407508886\\_852289.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/08/actualidad/1407508886_852289.html). [Consulta: 13 de agosto de 2014]; el mismo, *La presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo pudo abrazar a su nieto* [En línea]. *El País*, 7 de agosto de 2014. Disponible en [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/07/actualidad/1407433287\\_663608.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/07/actualidad/1407433287_663608.html). [Consulta: 13 de agosto de 2014]; el mismo, *Uno de los símbolos de las Abuelas de Plaza de Mayo recupera a su nieto* [En línea]. *El País*, 5 de agosto de 2014. Disponible en [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/05/actualidad/1407267514\\_234037.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/05/actualidad/1407267514_234037.html). [Consulta: 6 de agosto de 2014]; GINZBERG, Victoria. *Al final, Guido también buscó a Estela* [En línea]. *Página 12*, 6 de agosto de 2014. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-252358-2014-08-06.html>. [Consulta: 6 de agosto de 2014].

En relación al caso español, la apropiación de niños llevada a cabo durante la dictadura franquista ha sido objeto de estudio en la monografía de RODRIGUEZ ARIAS, Miguel Ángel. *El caso de los niños perdidos del franquismo*. Crimen contra la humanidad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, especialmente, pp. 27-ss., en las que el autor describe el *modus operandi* de la desaparición forzada infantil y la apropiación de niños, diferenciando dos grandes modalidades: 1) el robo de los niños de las presas “rojas”, esto es, la apropiación de los niños de las mujeres detenidas por su conexión con los defensores de la República o su militancia republicana y 2) la denominada “caza del niño rojo por el extranjero”, esto es, una política sistemática y generalizada autorizada por el mismo Franco y llevada a cabo por el Servicio de Falange Exterior, en virtud de la cual se realizó la “repatriación” de los hijos de los defensores de la República exiliados.

Es caso salvadoreño es relativamente diferente, porque las desapariciones se practicaban en el contexto del conflicto armado interno. Existen casos documentados que demuestran el hecho de que el ejército estatal se apropiaba de los niños para luego entregarlos en adopción a familias extranjeras. Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a El Salvador. A/HRC/7/2/Add.2, cit., párrs. 23 y 81; AMNISTÍA INTERNACIONAL (en adelante, AI). *El Salvador ¿Dónde están las niñas y los niños desaparecidos?* AMR 29/004/2003/S. Londres: Amnistía Internacional, 2003.

Aunque sobre decirlo, el trauma psicológico de un niño víctima de adopción ilegal y que descubre durante la adultez su verdadero origen es devastador desde un punto de vista psicológico<sup>22</sup>.

En lo que respecta a las mujeres también existen ciertas peculiaridades que merecen ser destacadas y que derivan de las condiciones de vulnerabilidad<sup>23</sup>. Las mujeres pueden sufrir diversos tipos de victimización a consecuencia de la desaparición forzada. En lo que respecta a las mujeres desaparecidas, cabe resaltar su condición de vulnerabilidad ciertas prácticas de tortura y los abusos sexuales. Por otro lado, cabe resaltar el enorme sufrimiento que experimentan las mujeres que vienen secuestradas junto con sus hijos o que dan a luz durante el cautiverio y que luego vienen despojados de sus niños<sup>24</sup>. En base a lo anterior, es posible afirmar que la desaparición forzada que afecta a las mujeres constituye una modalidad de violencia de género<sup>25</sup>.

Las mujeres también pueden ser victimizadas de otra manera por la desaparición forzada, cuando son familiares o personas cercanas de la persona desaparecida. El sólo hecho de perder un ser querido a consecuencia de la desaparición es una fuente de sufrimiento. Pero además, la vulnerabilidad propia de la mujer puede generar ciertos

---

<sup>22</sup> Vid. Capítulo IV, § 3.8.

<sup>23</sup> La victimización de las mujeres ha sido considerado como uno de los temas que requiere un estudio pormenorizado en el marco de la Convención Internacional. Los informes de las primeras sesiones del Comité contra las Desapariciones Forzadas (en adelante, CED) destacan que la desaparición asume una dimensión de género cuando victimiza a las mujeres y requiere, por tanto, de una atención especial. También se destacó la importancia de incentivar a los Estados para que en sus informes asuman esa dimensión de género y proporcionen información específica sobre las mujeres víctimas de desaparición. Al respecto, cfr. los siguientes documentos del CED: *Report of the Committee on Enforced Disappearances on its First Session*. Geneva, 8 al 11 de noviembre de 2011, párr. 14; *Report of the Committee on Enforced Disappearances on its Second Session*. Geneva, 26 al 30 de marzo de 2012, párr. 14; *Report of the Committee on Enforced Disappearances on its Third Session*. Geneva, 29 de octubre al 2 de noviembre de 2012, párr. 15. La vulnerabilidad de la mujer ante la desaparición forzada también ha sido resaltada en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), párr. 580.

<sup>24</sup> GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones (31 de octubre a 9 de noviembre de 2012)*. A/HRC/WGEID/98/2 (14 de febrero de 2013), párr. 2 del Preámbulo y párrs. 4-9 de la Observación General. Una buena película que retrata los vejámenes a los que puede ser sometida una mujer durante el cautiverio es *Garage Olimpo* [DVD]. Director: Marco BECHIS. Producción: Paradis Films/Classic/Nisarga. Distribución: Vertice Cine, 2004 (1999).

<sup>25</sup> GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 3.



perjuicios adicionales, especialmente, en aquellos casos en que la persona desaparecida es un hombre que sostenía económicamente al grupo familiar<sup>26</sup>.

En algunos casos la mujer sufre una estigmatización social por diversas razones, como por ejemplo, el hecho de haberse quedado sin marido, la supuesta falta de cuidado respecto de sus hijos desaparecidos o el activismo asumido durante la búsqueda<sup>27</sup>. También debe subrayarse que suelen ser las mujeres quienes emprenden las actividades de búsqueda de sus familiares desaparecidos<sup>28</sup>.

Por lo tanto y tal como aconseja la Observación General del GTDFI sobre las mujeres afectadas por la desaparición forzada, es necesario que en el cumplimiento de las diferentes obligaciones internacionales sobre la prevención, la sanción y la reparación, se adopte una perspectiva de género y se respete el principio de no discriminación<sup>29</sup>.

Finalmente, cabe dar cuenta de las afectaciones específicas que sufren los integrantes de un pueblo indígena víctima de desaparición forzada. En ocasiones, la desaparición ha sido utilizada como práctica represiva contra los pueblos indígenas que están involucrados en reivindicaciones sociales y políticas. Además, la práctica de las desapariciones de integrantes de pueblo indígenas puede generar vulneraciones de derechos fundamentales relacionados con cuestiones culturales, por ejemplo, la práctica del rito fúnebre. Según la cosmovisión de los pueblos indígenas y su concepción de la muerte, los antepasados tienen una importancia imprescindible. La mayoría de los pueblos indígenas cree en la existencia de una conexión entre la vida y la muerte y consideran que el rito fúnebre es una ceremonia que permite establecer y mantener esa conexión. La imposibilidad de practicar este rito de acuerdo con las propias costumbres religiosas y culturales genera un perjuicio de carácter cultural.

---

<sup>26</sup> Íd., párr. 2 del Preámbulo y párrs. 12 y 16 de la Observación General.

<sup>27</sup> Íd., párrs. 5, 11 y 36. Sobre la estigmatización de la mujer cónyuge de un desaparecido, vid. CICR. *Families of Missing Persons in Nepal. A Study of their Needs*. CICR: Kathmandu, 2009, pp. 24-25, explicando que en algunos grupos sociales nepalíes, la mujer que quiere volver a contraer matrimonio viene considerada una persona que traiciona la familia de su marido y que busca en el segundo matrimonio una oportunidad para sacar un provecho económico.

<sup>28</sup> GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 3 del Preámbulo.

<sup>29</sup> Íd., párrs. 1-3 del Preámbulo y párrs. 1, 3, 15, 22-25, 28, 32, 34, 38-39 y 45-46 de la Observación General.

Tras estas aproximaciones descriptivas al horror de la desaparición forzada<sup>30</sup>, en el próximo epígrafe se realizará una breve referencia a sus principales antecedentes históricos.

## 2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

La desaparición forzada es una práctica relativamente reciente, que se originó a mediados del siglo XX y que se ha mantenido vigente hasta nuestros días. Aunque la opinión de la doctrina mayoritaria considera que los primeros casos de desapariciones forzadas se remontan a la época del Tercer Reich alemán, algunos autores estiman que hay registros anteriores de desapariciones en otros contextos históricos de violencia. Por ejemplo, según CITRONI, en los años treinta del siglo pasado se cometieron desapariciones forzadas en El Salvador, durante el régimen autoritario de Maximiliano Hernández<sup>31</sup>. Asimismo, otros autores han argumentado que algunas prácticas del *Gulag* soviético, también realizadas durante los años treinta del siglo pasado, pueden calificarse de desaparición forzada. Dicha entidad, se preocupaba de la administración de los campos de trabajos forzados hacia los que se condujo un número indeterminado de detenidos que fueron ejecutados sin juicio previo y sin que se diera noticia alguna de su destino<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Para la comprensión del *modus operandi* de la desaparición forzada, el cine puede servir de gran ayuda. Entre otras películas, reflejan la barbaridad de la desaparición forzada las siguientes: *Missing* [DVD]. Director: Constantin COSTA-GAVRAS. Producción: Universal Pictures. Distribución: Criterion Collection, 2002 (1982), excelente largometraje basado en la desaparición del periodista norteamericano Charles Horman durante la dictadura chilena; *Crónica de una fuga* [DVD]. Director: Adrián CAETANO. Producción: K & S Films. Distribución: 20th Century Fox de Argentina, 2006 (2006), basada en la fuga de cuatro detenidos del centro clandestino de detención y tortura “Mansión Seré” en Argentina; *La noche de los lápices* [DVD]. Director: Héctor OLIVERA. Producción: Aries Cinematográfica. Distribución: Cameo Media S. L., 2004 (1986), sin duda, una de las películas más conmovedoras sobre la desaparición forzada, basada en la desaparición de diez estudiantes secundarios que durante la dictadura argentina reclamaban un descuento del boleto de autobús; *Sur* [DVD]. Directora: Fernando SOLANAS. Producción: Canal+/Cinesur/Productions Pacific. Distribución: Trigon-Film, s.f. (1988), película surrealista con una excelente banda sonora de tango compuesta por el mítico Astor Piazzola, que entre muchas otras cosas, relata la historia del regreso de un desaparecido en Argentina.

<sup>31</sup> CITRONI, Gabriella. “«Desaparición forzada de personas»: desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2003, p. 373.

<sup>32</sup> Cfr. AMBOS, Kai/BÖHM, María Laura. “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparado internacional y propuesta legislativa”, en AMBOS, Kai/CORREA, Juliana (coord.), *Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis, 2009, p. 199 y n. 8; CLARK, Roger S. “Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court”, en POLITI, Mauro/NESI, Giuseppe (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal*

La desaparición forzada también fue una práctica utilizada durante la Guerra Civil española y la dictadura de Franco<sup>33</sup>. Debido a las dificultades de acceso a la información y los archivos, las fuentes son contradictorias en lo que se refiere a las cifras de personas desaparecidas. Según el auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional del 16 de octubre de 2008 por el cual el juez Baltasar GARZÓN se declaró competente para conocer las denuncias sobre los crímenes del franquismo, entre julio de 1936 y diciembre de 1951 se hicieron desaparecer a 114.266 personas<sup>34</sup>. La mayoría de estas víctimas estaría enterrada en más de 2000 fosas comunes desparramadas a lo largo y ancho del territorio español<sup>35</sup>.

Sin embargo, según la doctrina mayoritaria los primeros antecedentes de la desaparición forzada deben ser buscados en la época del nazismo. Durante el tercer Reich la desaparición forzada se implementó como una práctica estatal institucionalizada, generalizada y sistemática. El decreto del 7 de diciembre de 1941, conocido como *Nach-und-Nebel-Erlass* (Noche y Niebla), fue el instrumento jurídico destinado a cumplir el designio de Hitler de hacer “desvanecer” miles de personas en Francia, Bélgica, Holanda y Noruega, a quienes se acusaba de pertenecer a los movimientos de resistencia<sup>36</sup>. Tras su detención, la mayor parte de dichas víctimas fue

---

*Court. A Challenge to Impunity*. Burlington: Ashgate, pp. 86-87. La palabra *Gulag* es el acrónimo de *Glavnoye Upravlyeniye Spravityel'no-Trudovih Lagyeryey i Koloniy*, que en castellano significa “Dirección General de Campos de Trabajo”.

<sup>33</sup> Algunas de las fosas comunes contienen una ingente cantidad de cadáveres. Por ejemplo, en Palencia, un sector del antiguo cementerio fue convertido en un parque infantil, debajo del cual yacen casi 500 cadáveres de represaliados. Vid. HERNÁNDEZ, Belén. “Una fosa común bajo los columpios” [En línea]. *El País*, 17 de agosto de 2011. Disponible en <[http://www.elpais.com/articulo/espana/fosa/comun/columpios/elpepiesp/20110817elpepinac\\_15/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/fosa/comun/columpios/elpepiesp/20110817elpepinac_15/Tes)>. [Consulta: 6 de agosto de 2014].

<sup>34</sup> JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N 5 DE LA AUDIENCIA NACIONAL. Auto del 16 de octubre de 2008. Diligencias Previas Proc. Abreviado 399 /2006 V, pp. 23-24.

<sup>35</sup> El Ministerio de Justicia ha confeccionado un “Mapa de fosas” [En línea]. *Ministerio de Justicia-Memoria Histórica*. Disponible en <[http://mapadefosas.mjusticia.es/exovi\\_externo/CargarMapaFosas.htm](http://mapadefosas.mjusticia.es/exovi_externo/CargarMapaFosas.htm)>. [Consulta: 6 de agosto de 2014]. Algunas de las fosas comunes contienen una ingente cantidad de cadáveres. Por ejemplo, en Palencia, un sector del antiguo cementerio fue convertido en un parque infantil, debajo del cual yacen casi 500 cadáveres de represaliados. Vid. HERNÁNDEZ, Belén. “Una fosa común bajo los columpios” [En línea]. *El País*, 17 de agosto de 2011. Disponible en <[http://www.elpais.com/articulo/espana/fosa/comun/columpios/elpepiesp/20110817elpepinac\\_15/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/fosa/comun/columpios/elpepiesp/20110817elpepinac_15/Tes)>. [Consulta: 6 de agosto de 2014].

<sup>36</sup> El texto del decreto puede consultarse en OFFICE OF THE UNITED STATES CHIEF OF COUNSEL FOR PROSECUTION OF AXIS CRIMINALITY. *Nazi Conspiracy and Aggression*, 8 vols. Washington: United States Government Printing Office, 1946, t. VII, pp. 873-874. El decreto fue exhibido como prueba durante los juicios substanciados ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, tal como se demuestra en NUREMBERG INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, 42 vols. Nuremberg: Nuremberg International Military Tribunal, 1946, t. IV, pp. 272-274. Una referencia sobre la finalidad del decreto puede consultarse en el

conducida a Alemania, a los campos de concentración de Natzweiler y Gross-Rosen<sup>37</sup>. La finalidad del *Nach-und-Nebel* era ocultar toda información de los detenidos, con el objeto de divulgar entre la población un miedo tan intenso que paralizara toda intención disidente. Según los nazis, el ocultamiento de la información, la falta de enjuiciamiento de las víctimas y la desinstitucionalización de su condena a muerte, impedirían que los disidentes desaparecidos se convirtieran en mártires<sup>38</sup>.

Aunque el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg* no contemplaba la desaparición forzada como un crimen contra la humanidad, en los Juicios de Núremberg se condenó a muerte al mariscal de campo Wilhelm Keitel por crímenes de guerra, debido a su responsabilidad en la implementación del decreto Noche y Niebla<sup>39</sup>. Se trata de un antecedente muy relevante, porque se trata de la

---

“Justice Case”, substanciado ante el TERCER TRIBUNAL MILITAR DE NÚREMBERG, conforme a la Ley del Consejo de Control N° 10: NUREMBERG MILITARY TRIBUNALS. *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No 10: Nuremberg, October 1946 - April 1949*, 15 vols. Washington: United States Government Printing Office, 1951, t. III, pp. 75-78.

<sup>37</sup> Para la historia del campo de concentración de Natzweiler, vid. WEISS, Ben. *Natzweiler-Struthof* [En línea]. *The Jewish Virtual Library*. Disponible en <<https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/natzweiler.html>>. [Consulta: 9 de julio de 2014]. Para la historia del campo de concentración de Gross-Rosen, vid. “Gross-Rosen”, en *Holocaust Encyclopedia* [En línea]. *United States Holocaust Memorial Museum*. Disponible en <<http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005454>>. [Consulta: 9 de julio de 2014].

<sup>38</sup> Cfr. AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 199 y n. 9; CALVET MARTÍNEZ, Elisenda. “The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances”, en GÓMEZ ISA, Felipe/ DE FEYTER, Koen (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*. Bilbao: University of Deusto, 2009, pp. 515-516; CLARK, op. cit., pp. 85-86; HALL, Christopher K. “Article 7. Crimes against Humanity. Para. 1(i). Enforced Disappearance of Persons”, en TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article* (1999). 2ª ed. München-Oxford-Baden: C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 221 y n. 292, agregando que Hitler se inspiró en las prácticas de Stalin sobre las detenciones secretas, lo que vendría a confirmar que la desaparición hunde sus primeros orígenes en tiempos previos al Tercer Reich; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 4; VENTURINI, Gabriella. “International Law and the Offence of Enforced Disappearance”, en VENTURINI, Gabriella/BARIATTI, Stefania (eds.). *Liber Fausto Pocar*. 2 vols. Milano: Giuffrè, 2009, t. 1 (Diritti individuali e giustizia internazionale. Individual Rights and International Justice. Droit individuels et justice internationale), pp. 939-940; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 3-4; WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional* (2005). 2ª ed. Traducción de Claudia Cárdenas Aravena, Jaime Couso Salas y María Gutiérrez Rodríguez, coordinados por María Gutiérrez Rodríguez. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 528, n. 1893. Vid., también, AI. *The International Criminal Court: Making the Right Choices - Part I: Defining the Crimes and Permissible Defenses and Initiating a Prosecution* [En línea], *Amnesty International*, IOR 40/001/1997, 1 de enero de 1997. Disponible en <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/IO40/001/1997/en/26618e4d-eac4-11dd-b6f5-3be39665bc30/ior400011997es.html#sdfootnote124sym>>. [Consulta: 9 de julio de 2014].

<sup>39</sup> Para la consulta del *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg* y, específicamente, su art. 6(c), que tipifica los crímenes contra la humanidad, vid. *Charter of the International Military Tribunal*, en *Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis*, Londres, 8 de agosto de 1945, anexo.

Para la condena del mariscal Keitel vid. “Wilhelm Keitel” [En línea], en YALE LAW SCHOOL. LILLIAN GOLDMAN LAW LIBRARY. *The Avalon Project*. Documents in Law, History and Diplomacy. The International Military Tribunal for Germany. Nazi Conspiracy and Aggression (The Red Set), 8 vols., t. II, Capítulo XVI, Parte 4, letra E. Disponible en <[http://avalon.law.yale.edu/imt/chap16\\_part04.asp](http://avalon.law.yale.edu/imt/chap16_part04.asp)>.

primera condena por casos de desapariciones forzadas mediante aplicación del Derecho internacional. Ya en este primer pronunciamiento judicial se destacó la importancia de la denegación de información como elemento jurídico esencial del delito y se llamó la atención sobre el sufrimiento padecido por los familiares y otras personas cercanas del desaparecido<sup>40</sup>.

Además, este primer pronunciamiento sirvió como base para la sentencia sobre el caso *de los Jueces (Justice Trial o Judge's Trial)*, substanciado ante el Tribunal Militar de los Estados Unidos, que procesó a diversos abogados que trabajaban como funcionarios públicos en el Ministerio de Justicia alemán o que se desempeñaban como jueces y fiscales en los tribunales extraordinarios establecidos por el Derecho nazi. Todos ellos también fueron juzgados por su responsabilidad en la implementación del decreto Noche y Niebla. La novedad de esta sentencia, en relación con la anterior, fue la calificación de la desaparición forzada no sólo como crimen de guerra, sino además como crimen contra la humanidad<sup>41</sup>.

Desafortunadamente, la finalización de la segunda guerra mundial no ha implicado el fin de la desaparición forzada, práctica a la que se ha recurrido y se sigue recurriendo en diversas situaciones de violencia. Desde los años sesenta en adelante el fenómeno de la desaparición se expandió descontroladamente por todo el continente latinoamericano en el contexto de las dictaduras militares. Casi todos los países de ese sector del globo cuentan con su propio historial de desapariciones y comparten denominadores comunes. Los estudiosos explican estas semejanzas en base a razones geopolíticas íntimamente relacionadas con la Guerra Fría y la política exterior de Estados Unidos en Latinoamérica, que se caracterizó por un marcado intervencionismo “contrainsurgente” y por la implementación de la “guerra sucia”, a objeto de aniquilar la disidencia de izquierdas bajo la inspiración de la doctrina de la seguridad nacional<sup>42</sup>.

---

[Consulta: 9 de julio de 2014]. Cfr., en doctrina, HALL, op. cit., p. 221; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., pp. 4-7.

<sup>40</sup> FINUCANE, Brian. “Enforced Disappearance as a Crime under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War”, *The Yale Journal of International Law*, vol. 35, 2010, pp. 175-176.

<sup>41</sup> Cfr. FINUCANE, “Enforced Disappearance as a Crime under International Law...”, cit., pp. 178-181; SADAT, Leila Nadya. “Extraordinary Rendition, Torture, and Other Nightmares from the War on Terror”, *The George Washington Law Review*, vol. 75, n° 5/6, agosto 2007, p. 1238. Para la consulta de la sentencia, vid. “Justice Case”, en NUREMBERG MILITARY TRIBUNALS. *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No 10: Nuremberg, October 1946 - April 1949*, 15 vols. Washington: United States Government Printing Office, t. III, 1951, pp. 3-1204.

<sup>42</sup> Cfr., sólo a título de ejemplo, BORZUTZKY, Silvia. “The Politics of Impunity: the Cold War, State Terror, Trauma Trials and Reparation in Argentina and Chile”, *Latin American Research Review*,

También en este contexto, la desaparición forzada se utilizó como una práctica dirigida a difundir el miedo entre la población civil y que procurare la impunidad de los perpetradores<sup>43</sup>.

En las últimas décadas, la desaparición forzada ha proliferado como un cáncer hacia lo largo y ancho del globo. Por esta misma razón, no sólo es un problema vigente, sino también universal, que está afectando nuevos tipos de víctimas desarrollándose en contextos nuevos<sup>44</sup>. Actualmente, la desaparición forzada suele practicarse en el marco de conflictos armados no internacionales, durante situaciones de tensión social, de tipo étnico, religioso o político y como estrategia de represión contra la disidencia política. Además, la actualidad de la desaparición presenta una novedad, ya que sus perpetradores no sólo son agentes estatales, sino también sujetos no estatales<sup>45</sup>.

Según las estimaciones estadísticas del Informe Anual del año 2012 del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (en adelante, GTDFI), desde la creación de este órgano en 1980 hasta el año 2012, el volumen de casos acumulados en su base de datos casi alcanza los 54.000, de los cuales unos 43.000 siguen sin resolver<sup>46</sup>. Cada año, se denuncian y registran nuevos casos. En 2013, el GTDFI

---

vol. 42, n° 3, october 2007, pp. 167-186; MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. “La desaparición forzada de personas en América Latina”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. 10 vols. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1996, t. VII, pp. 63-129; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 7; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 5-6.

<sup>43</sup> En cuanto a las finalidades de la desaparición forzada en América Latina, cfr. BRODY, Reed/GONZÁLEZ, Felipe. “Nunca Más: An Analysis of International Instruments on «Disappearances»”, *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 1997, p. 366; GROSSMAN, Claudio. “The Velásquez Rodríguez Case: The Development of the Inter-American Human Rights System”, en NOYES, John/DICKINSON, Laura/JANIS, Mark W. (eds.), *International Law Stories*. New York: Foundation Press, 2007, pp. 79-80; NOWAK, “Monitoring Disappearances-The Difficult Path from Clarifying Past Cases to Effectively Preventing Future Ones”, *European Human Rights Law Review*, n° 4, 1996, pp. 349-350; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., pp. 7-8; VENTURINI, op. cit., p. 940, VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 8-17. Para un estudio general de la impunidad en el contexto latinoamericano de las dictaduras del siglo pasado, vid. AMBOS. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina. Trad. de Marcela Anzola Gil. Medellín: Fundación Konrad Adenauer Stiftung/Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA)/Comisión Andina de Juristas/Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional/Biblioteca Jurídica Dike, 1997, pp. 49-126.

<sup>44</sup> Cfr. HRW. “The United States’ «Disappeared». The CIA’s Long-Term «Ghost Detainees»”. [En línea]. *Human Rights Watch*, 12 de octubre de 2004. Disponible en <<http://www.hrw.org/reports/2004/10/12/united-states-disappeared-cias-long-term-ghost-detainees>>. [Consulta: 9 de julio de 2014], p. 17; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 62.

<sup>45</sup> NOWAK, “Monitoring Disappearances, cit., p. 350.

<sup>46</sup> Para ser exactos, se han registrado 53.990 casos, de los cuales 42.883 no están resueltos. Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. A/HRC/22/45 (28 de enero de 2013), Anexo II: Statistical summary: cases of enforced or involuntary disappearance reported to the Working Group between 1980 and 2012, pp. 128-133. Los casos sin resolver afectan a 103 países, muchos de los cuales ni siquiera responden las comunicaciones

transmitió setenta nuevas denuncias de desapariciones a quince Estados. Además, sometió a procedimiento urgente trece casos de desapariciones ocurridas en Bangladesh, China, Gambia, Lao, India, Kenia, Pakistán, Siria y Tailandia. Durante ese período el Grupo de Trabajo sólo pudo clarificar tres casos<sup>47</sup>.

Aunque estas cifras son alarmantes, debe tenerse en cuenta que la base de datos del Grupo de Trabajo no refleja la cantidad real de desapariciones, sino solamente las que han sido denunciadas y registradas ante este órgano desde su creación. Además de los casos que quedan fuera de su competencia temporal por ser anteriores a 1980, existe una cifra negra de casos de desapariciones que no se denuncian y cuya magnitud es inestimable<sup>48</sup>. De acuerdo con el Grupo de Trabajo, la falta de denuncia se debe a razones tan diversas como “[la] pobreza, el analfabetismo, el temor a las represalias, una mala administración de justicia, canales de información ineficaces, sistemas institucionalizados de impunidad, una práctica de silencio y restricciones a la labor de la sociedad civil”<sup>49</sup>.

Además de su vigencia a nivel universal, la desaparición forzada ha ido asumiendo nuevas formas y modalidades, adaptándose a los contextos conflictuales contemporáneos. Un ejemplo digno de mención es el de las entregas extraordinarias (*extraordinary renditions*), práctica a la que se ha recurrido en el marco de la denominada “Guerra contra el terrorismo” tras los atentados del 11 de septiembre de 2002. Desde el enfoque de los derechos humanos, esta supuesta guerra contra el terrorismo ha generado una serie de graves violaciones, bastando citar el caso de Guantánamo como el ejemplo más representativo. Como se verá más adelante, numerosos informes organismos internacionales demuestran que Estados Unidos ha implementado a nivel sistemático y generalizado la práctica de las entregas

---

del Grupo de Trabajo. Los países con más casos registrados son: Irak (16.548), Sri Lanka (12.473), Argentina (3.449), Guatemala (3.155), Perú (3.009), Argelia (3.033), El Salvador (2.662) y Colombia (1.255).

<sup>47</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. GTDFI. *Post-sessional document*. Ninety-ninth session (11-15 March 2013). A/HRC/WGEID/99/1 (10 de junio de 2013), párrs. 4-6.

<sup>48</sup> Vid. CORCUERA, Santiago. “L’expérience du groupe de travail sur les disparitions forcées”, en DECAUX, Emmanuel/DE FROUVILLE Olivier (eds.), *La Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*. Actes de la journée d’études du 11 mai 2007 organisée par le Centre de recherche sur les droits de l’homme et le droit humanitaire (C.R.D.H.) de l’Université Panthéon-Assas (Paris II). Bruxelles: Nemesis/Bruylant, 2009, p. 24.

<sup>49</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, A/HRC/16/48, cit., párr. 560.

extraordinarias, contando con la ayuda y colaboración de muchos otros Estados, imprimiendo al problema un carácter transnacional<sup>50</sup>.

En términos fácticos, la entrega extraordinaria es un hecho delictivo que comienza con el secuestro de una persona en el territorio de un Estado determinado y que continúa con su traslado a un centro de detención ubicado en el territorio de otro Estado. La víctima es sometida a un régimen de detención secreta e incomunicada, durante el cual es sometida a interrogatorios mediante el uso de malos tratos y torturas. El traslado de la víctima de un Estado a otro se realiza informalmente, sin la aplicación de procedimientos legales de entrega, expulsión o extradición. Los países que reciben a los detenidos suelen ser “tolerantes” o “proclives” a la práctica de tortura. Dependiendo del caso, el ilícito puede terminar con la ejecución extrajudicial de la víctima o con su puesta en libertad. También puede ocurrir que la víctima continúe indefinidamente privada de libertad, sin ser sometida a juicio, sin comunicación con el mundo exterior y sin que se tenga noticia alguna de su destino y paradero, convirtiéndose en un “prisionero fantasma” (*ghost prisoner*). Para los efectos de la responsabilidad internacional de los Estados, una de las características fácticas más relevantes de este ilícito estriba en la participación de un gran número de agentes que pertenecen a una pluralidad de Estados. Pese a lo anterior, lo usual es que sean las autoridades de un solo Estado las que ordenen, dirijan y coordinen la operación en su conjunto<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Vid. Capítulo VII, § 2.2.4.2.

<sup>51</sup> Para los detalles de la metodología empleada en los operativos de entregas extraordinarias, cfr. BUTTON, Jillian. “Spirited Away (Into a Legal Black Hole?)”. *The Challenge of Invoking State Responsibility for Extraordinary Rendition*, *Florida journal of international law*, vol. 19, n° 3, 2007, p. 532; ESPÓSITO, Carlos/GALLELLA, Patricio. “Las entregas extraordinarias en la lucha contra el terrorismo. ¿Desapariciones forzadas?”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, n° 19, junio 2012, pp. 14-16; KYRIAKOU, Nikolas. “*The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* and its Contributions to International Human Rights Law, with Specific Reference to Extraordinary Rendition”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, Issue 1, 2012, pp. 5, 21 y 23-25; MESSINEO, Francesco. “«Extraordinary Renditions» and State Obligations to Criminalize and Prosecute Torture in the Light of the Abu Omar Case in Italy”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, Issue 5, 2009, p. 1025; NINO, Michele. “The Abu Omar Case in Italy and the Effects of CIA Extraordinary Renditions in Europe on Law Enforcement and Intelligence Activities”, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 78, Issue 1-2, 2007, p. 119; PILLITU, Paola Anna. “Crimini Internazionali, immunità diplomatiche e segreto di stato nella sentenza del Tribunale di Milano nel caso *Abu Omar*”, *Rivista di Diritto Internazionle*, vol. 93, n° 3, 2010, p. 671; SADAT, “Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, n° 2 y 3, 2006, pp. 314-317; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 21-23. En cuanto a las fuentes periodísticas, vid. el detallado reportaje de MAYER, Jane. “Outsourcing Torture”. [En línea] *New Yorker*, vol. 81, issue 1, 14 de febrero de 2005, pp. 106-123. Disponible en <Academic Search Premier>. [Consulta: 13 de marzo de 2012].



Los objetivos de la entrega extraordinaria son principalmente dos. En primer lugar, se intenta obtener información que supuestamente no podría ser recabada con métodos distintos de la tortura. En segundo lugar, se trata de evitar el procesamiento del detenido ante un tribunal competente, imparcial e independiente y amparado por todas las garantías del debido proceso. De esa manera, se evita la divulgación de las prácticas ilícitas anexas a las entregas extraordinarias y la fuga de información sobre los protocolos de los servicios de inteligencia aplicados en la comisión de estos delitos<sup>52</sup>.

Como se aclarará más adelante, las entregas extraordinarias equivalen conceptual y jurídicamente a desapariciones forzadas de personas<sup>53</sup>. Se trata de desapariciones transnacionales, cuyas etapas de comisión tienen lugar en el territorio de varios Estados. Desafortunadamente, se trata de un ilícito que además de confirmar la vigencia de la desaparición forzada, demuestra que la desaparición forzada es una práctica que va evolucionando y que penetra en contextos nuevos de violencia.

La evolución histórica de la desaparición forzada también ha sido marcada por una reacción institucional de carácter normativo que se fue generando en el seno del Derecho internacional, tema al que se dedicará el próximo epígrafe.

### **3. LA REACCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LA DESAPARICIÓN FORZADA**

El objetivo central de este apartado estriba en tratar la gestión de los diferentes instrumentos normativos que regulan la desaparición forzada en el Derecho internacional. Para efectos esquemáticos y explicativos, este epígrafe se ha dividido en seis partes. La primera de ellas se remitirá al papel de la sociedad civil en la generación de las reacciones de la comunidad internacional contra la desaparición forzada. La segunda parte se referirá a las primeras medidas jurídicas que se adoptaron en el ámbito

---

La cuestión de las entregas extraordinarias también ha sido abordada por el cine y la televisión. Por ejemplo, un par de interesantes películas sobre el tema que reflejan el *modus operandi* de las entregas extraordinarias, son *Expediente Anwar* [DVD]. Director: Gavin HOOD. Producción: New Line Cinema. Distribución: Naiff, S.A., s.f. (2007) y *Extraordinary Rendition* [DVD]. Director: Jim THREAPLETON. Producción: Ultrafilm. Distribución: Bfs Entertainment, 2008 (2007). También la serie de televisión *Homeland*. Primera temporada [DVD]. Creadores: Howard GORDON, Alex GANSA, Gideon RAFF. Producción: Showtime/Fox 21. Distribución: T.C.F.H.E. España, S.A., 2011, episodio 6, titulado “The Good Soldier”, director: Brad TURNER.

<sup>52</sup> Cfr. ESPÓSITO/GALELLA, op. cit., p. 12; MAYER, op. cit., pp. 106-123.

<sup>53</sup> Vid. Capítulo VII, § 2.2.4.2.

internacional para combatir la desaparición forzada de personas, destacándose la redacción de algunos instrumentos internacionales de *soft law* y la creación del GTDFI. La tercera parte hará un breve resumen de los trabajos preparatorios del primer instrumento internacional sobre la desaparición forzada, esto es, la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* (en adelante, DPPDF). La cuarta parte tratará la reacción del sistema interamericano de derechos humanos frente a la desaparición, que dio como resultado la redacción y entrada en vigencia de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (en adelante, CIDFP). Extrañamente, la reacción a nivel universal llegó más tarde y tomó cuerpo en la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas* (en adelante, CIPPDF), tratado que será objeto de referencia en la quinta parte de este epígrafe. En la sexta parte se dará cuenta de la regulación de la desaparición forzada en el marco del Derecho penal internacional y finalmente, la última parte intentará explicar si el Derecho internacional humanitario se ha ocupado de regular este delito.

### **3.1. El papel de la sociedad civil en la reacción de la comunidad internacional**

Ante la proliferación de la desaparición forzada como una práctica represiva en el contexto de las dictaduras latinoamericanas, la sociedad civil y, específicamente, los familiares de las víctimas y algunas organizaciones no gubernamentales (en adelante, ONGs), comenzaron a organizarse a fin de exigir a la comunidad internacional una reacción institucional que pusiere fin a la barbarie y que proveyera justicia, verdad y reparación a los afectados. Estas organizaciones, no sólo lograron poner en marcha una actividad de presión y *lobby* a nivel nacional e internacional, sino que además, con una actitud propositiva y constructiva, organizaron una serie de reuniones, coloquios y seminarios internacionales, a fin de discutir un proyecto de instrumento internacional sobre desapariciones forzadas<sup>54</sup>. Estos primeros borradores o proyectos de codificación

---

<sup>54</sup> El primero de tales coloquios tuvo lugar en 1981, en la Asamblea Legislativa de Francia y fue organizado por organizaciones de familiares de detenidos desaparecidos, refugiados argentinos y chilenos, abogados en el exilio y organizaciones como la Comisión Internacional de Juristas, la Liga Francesa de Derechos Humanos, el Consejo Mundial de Iglesias y el Instituto de Derechos Humanos de la Orden de Abogados de París. El coloquio se denominó “Rechazo al olvido”. El segundo coloquio fue organizado por la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (en adelante, FEDEFAM) y se realizó en Lima en 1982. El tercer encuentro, convocado

privada sirvieron como referencia e impulsaron el proceso codificador internacional en los sistemas interamericano y universal de protección de los derechos humanos<sup>55</sup>.

### 3.2. Las primeras manifestaciones de la comunidad internacional contra la desaparición forzada

Las primeras medidas de Derecho internacional contra la desaparición forzada corresponden a un conjunto de instrumentos internacionales de *soft law* producidos por diversos organismos internacionales. Estas primeras reacciones surgieron a consecuencia de la expansión de la desaparición forzada en el contexto de las dictaduras latinoamericanas.

En el seno de Naciones Unidas, la primera medida se puso en marcha en 1975 y consistió en la creación del Grupo de Expertos para estudiar la situación de los derechos humanos en Chile, país que desde el 11 de septiembre de 1973 estaba asolado por la cruenta dictadura de Augusto Pinochet. La creación de este grupo fue impulsada por una

---

por la Asociación de Detenidos Desaparecidos de Colombia (ASFADDES), FEDEFAM y un grupo de abogados liderados por Eduardo Umaña Mendoza, se llevó a cabo en Colombia. De tales coloquios surgió la “iniciativa de Buenos Aires”, esto es, un grupo de personas pertenecientes a dichas entidades y que, lideradas por la FEDEFAM, comenzó a ejercer presión sobre la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) y la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU) para que se impulsara la aprobación de instrumentos internacionales destinados a combatir la desaparición. Este grupo organizó un coloquio, justamente en Buenos Aires, en 1988. Para mayores detalles sobre estas actividades de los familiares de detenidos desaparecidos, cfr. ANDREU-GUZMÁN, “La desaparición forzada de personas” [en línea]. Presentado en el *Seminario de Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. A los 20 años del Convenio 169 OIT: Balance y Retos*, 27-28 de enero de 2009. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 2009. Disponible en [http://ibcperu.org/biblioteca/resultado.php?criterio=combo&palabra\\_clave=Desaparici%C3%B3n%20forzada](http://ibcperu.org/biblioteca/resultado.php?criterio=combo&palabra_clave=Desaparici%C3%B3n%20forzada). [Consulta: 9 de junio 2010]; el mismo, “Progress toward a United Nations Treaty against Enforced Disappearances”, *Yearbook of International Commission of Jurist*, 2004, p. 329; TAYLER, Wilder. “Background to the Elaboration of the Draft International Convention for the Protection of all Persons for Enforced Disappearances”. *International Commission of Jurists. The Review*, n° 62-63, 2001, pp. 65-66; VIBHUTE, Khushal. “The 2007 International Convention against Enforced Disappearance: Some Reflections”, *Mizan Law Review*, vol. 2, n° 2, 2008, p. 293.

<sup>55</sup> BROODY/GONZÁLEZ, op. cit., pp. 369-371 y n. 22. Estos proyectos pueden consultarse en INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORDEN DE ABOGADOS DE PARÍS. “Proyecto de Convención Internacional sobre la Desaparición forzada de Personas”, en *La Desaparición. Crimen contra la Humanidad*. TAPPATA DE VALDEZ, Patricia (ed.). Buenos Aires: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987, pp. 313-336; ASAMBLEA PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS. “Propuesta para la Convención Internacional contra la Política de Desaparición Forzada de Personas”, en *íd.*, pp. 337-342. Estos dos proyectos fueron presentados en el coloquio de París de 1981. También hay un tercer proyecto, aprobado por el coloquio de Perú de 1982; a saber FEDEFAM. “Proyecto sobre Convención Internacional sobre Desaparecimiento Forzado”, en *íd.*, pp. 343-357. Algunos comentarios sobre este proyecto pueden consultarse en LIPPMAN, Matthew. “Disappearances: Towards a Declaration on the Prevention and Punishment of the Crime of Enforced or Involuntary Disappearances”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4, Issue 1, fall 1988, pp. 139-143.

resolución de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y luego apoyada por una resolución de la Asamblea General de la ONU (en adelante, AG)<sup>56</sup>. La creación de este grupo se concretó gracias a una resolución de la Comisión de Derechos Humanos (en adelante, CDH), refrendada por una decisión del Consejo Económico y Social (en adelante, ECOSOC)<sup>57</sup>. Tras una visita *in situ*, el Grupo de Expertos elaboró un informe sobre la situación en Chile<sup>58</sup> y a la vista de sus conclusiones, la AG emitió la resolución 33/173 en 1978, una resolución pionera que se hizo cargo directa y explícitamente de la desaparición forzada, solicitando a la CDH que examinare la cuestión<sup>59</sup>.

La citada resolución de la AG generó una situación políticamente incómoda para la CDH. Por un lado, la Comisión debía dar una respuesta clara y concreta a la solicitud de la Asamblea. Por otro lado, era complicado adoptar ninguna medida de carácter público, debido a presión diplomática ejercida por el gobierno militar argentino, que en ese entonces estaba sometido al procedimiento confidencial 1503. Además, entre los integrantes de la Comisión no existía consenso sobre el contenido de una eventual resolución. La estrategia ideada por la Comisión para salir de esta enrevesada situación estribó en la creación del GTDFI, órgano al que se le dotaría de competencia para estudiar las desapariciones en cualquier parte del mundo. De esa manera, la Comisión evitó una referencia expresa a la situación argentina y dio una respuesta adecuada a la solicitud de la AG, propiciando la creación de un órgano de supervisión con una competencia específica para el tratamiento de todas las desapariciones forzadas, con independencia del lugar en que fueran cometidas. Este peculiar contexto explica por qué, en la jerga diplomática de la época, la resolución de 20 (XXXVI) de 1980 a través

---

<sup>56</sup> Cfr., respectivamente, SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS, res. 8(XXVII), 21 de agosto de 1974, punto n° 2; AG, res. 3219(XXIX), 6 de noviembre de 1974, punto n° 4.

<sup>57</sup> Cfr., respectivamente, CDH, res. 8(XXXI) de 27 de febrero de 1975; ECOSOC, decisión 80(LVIII), 6 de mayo de 1975. En doctrina, vid. DOMÍNGUEZ REDONDO, Elvira. *Los procedimientos públicos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 58-59 y n. 63.

<sup>58</sup> AG. *Informe del Consejo Económico y Social*. Protección de los derechos humanos en Chile. A/33/331 (25 de octubre de 1978).

<sup>59</sup> AG, res. 33/173, 20 de diciembre de 1978. También el ECOSOC emitió posteriormente una resolución en un sentido similar: res. 1979/38, 10 de mayo de 1979 sobre *Personas Desaparecidas*. Sobre la actividad diplomática que precedió la resolución de la AG, vid. RODLEY/POLLARD, op. cit., pp. 337-338. En el marco de la ONU, también cabe destacar la res. 3450(XXX) de la AG, de 9 de diciembre de 1975, que se refirió a las personas desaparecidas en territorio chipriota a consecuencia del conflicto armado entre Turquía y Chipre.

de la cual la Comisión creó este Grupo de Trabajo fue conocida como la “Resolución Argentina”<sup>60</sup>.

La creación del GTDFI fue el primer procedimiento temático en el marco de Naciones Unidas. Indudablemente, es un hito de capital importancia en el tratamiento jurídico-internacional de la desaparición forzada. Aunque inicialmente fue creado por un período de un año, su mandato se ha ido renovando periódicamente hasta nuestros días. La AG celebró la creación del Grupo de Trabajo en su resolución 35/193 de 1980 y pidió a todos los gobiernos que colaborasen con el mismo<sup>61</sup>.

Aunque la constitución del Grupo de Trabajo había sido concebida sólo por un año, su mandato se ha ido renovando periódicamente mediante la expedición de resoluciones por parte de la CDH y luego por el Consejo de Derechos Humanos<sup>62</sup>. El carácter del Grupo es esencialmente humanitario, ya que su finalidad principal es ayudar a los familiares de las personas desaparecidas en la actividad de búsqueda de información sobre la suerte y paradero de las víctimas. Para el cumplimiento de este cometido, el Grupo de Trabajo recibe y examina los informes de familiares y ONGs e intercede ante los Estados para la recabar información<sup>63</sup>.

Aunque estos antecedentes representaron un paso importante en la lucha contra la desaparición forzada, ABELLÁN HONRUBIA ha subrayado que se trataba de mecanismos insuficientes e ineficaces, porque se inspiraban en un fin esencialmente humanitario y porque no se podía obligar a los Estados involucrados en la comisión de las desapariciones a prestar su colaboración en la búsqueda de información. Esta autora ha destacado la necesidad de que se volcaran los esfuerzos hacia una regulación específica y autónoma de la desaparición como violación de derechos humanos<sup>64</sup>. Esta regulación específica será analizada a continuación.

---

<sup>60</sup> CDH, res. 20 (XXXVI), 29 de febrero de 1980. Para los detalles de la negociación diplomática que antecedió la aprobación de la resolución, cfr. KRAMER/WEISSBRODT, op. cit., pp. 18-33; DOMÍNGUEZ REDONDO, op. cit., pp. 70-71 y n. 91; LIPPMAN, op. cit., pp. 128-130.

<sup>61</sup> AG, res. 35/193, 15 de diciembre de 1980.

<sup>62</sup> La última dictada para tal efecto es la res. 16/16, Desapariciones forzadas o involuntarias, 24 de marzo de 2011.

<sup>63</sup> Sobre el GTDFI, cfr. ANDREU-GUZMAN, “Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies”, cit., pp. 803-818; CORCUERA CABEZUT, op. cit., pp. 21-27; LIPPMAN, op. cit., pp. 130-135.

<sup>64</sup> ABELLÁN HONRUBIA, Victoria. “Aspectos jurídicos internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado”, en CÓRDOBA RODA, Juan/MIR PUIG, Santiago/QUINTERO

### 3.3. El primer instrumento internacional: la *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*

BROODY y GONZÁLEZ destacan con acierto que los procesos de gestación de la DPPDF y la CIDFP estuvieron íntimamente interconectados, porque hubo fases en que el estancamiento de la tramitación de uno de dichos instrumentos fue superado gracias al avance del otro, independientemente de que la Declaración se aprobara con anterioridad a la Convención Interamericana<sup>65</sup>.

Un primer intento frustrado para la aprobación de una Declaración fue promovido por la antigua Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías<sup>66</sup>. Según ANDREU-GUZMAN, el gobierno militar argentino de la época bloqueó el progreso de esta iniciativa<sup>67</sup>.

La tramitación de un proyecto de Declaración sólo pudo concretarse gracias al esfuerzo combinado de las ONGs y de Louis JOINET, quien se desempeñaba como miembro del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. En 1988, JOINET presentó un proyecto de Declaración ante la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Al cabo de cinco años de una tramitación lenta, tediosa y excesivamente burocrática, la AG logró aprobar la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, a través de la resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992<sup>68</sup>.

Este instrumento ha tenido y sigue teniendo una importancia fundamental. Se trata del primer instrumento internacional dedicado exclusiva y específicamente a la desaparición forzada. Además, consagró una primera definición del delito y reguló un

---

OLIVARES, Gonzalo (coords). *Estudios Jurídicos en Honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*. 2 vols. Barcelona: Bosch, 1983, t. I, pp. 20-21.

<sup>65</sup> BROODY/GONZÁLEZ, op. cit., p. 371.

<sup>66</sup> Para los antecedentes de este primer fracaso, vid. RODLEY/POLLARD, op. cit., pp. 339-340.

<sup>67</sup> ANDREU-GUZMÁN, “La desaparición forzada de personas”, cit., p. 5.

<sup>68</sup> El Proyecto inicial fue redactado por Nigel RODLEY e Ingrid KIRSCHER, integrantes de AI; David WEISSBRODT, miembro del Comité Internacional de Derechos Humanos de los Abogados de Minnesota y Reed BROODY, miembro de la Comisión Internacional de Juristas. Para la intrahistoria de los escollos que debieron superarse para la aprobación de la Declaración, cfr. ANDREU-GUZMÁN, “La desaparición forzada de personas”, cit., p. 6; el mismo, “Progress toward a United Nations Treaty against Enforced Disappearances”, cit., p. 330; BROODY/GONZÁLEZ, op. cit., pp. 372-374 y n. 31; RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 339-340.

conjunto de estándares vinculados con su tratamiento jurídico. Pese a no tener el carácter de tratado, cuenta con un órgano encargado de monitorear el cumplimiento de sus disposiciones, tarea que se le encomendó al GTDFI<sup>69</sup>. Ésta es una situación peculiar, porque el procedimiento temático del que se encarga este órgano puede aplicarse a cualquier Estado, aunque el marco normativo que le sirve de base es un instrumento no convencional sobre cuya aceptación los Estados no se han pronunciado.

A modo de última observación, debe señalarse que una parte de la doctrina le atribuye fuerza jurídica vinculante a la Declaración, argumentando que la prohibición de la desaparición forzada es una regla de *ius cogens*<sup>70</sup>.

### **3.4. La reacción internacional en el sistema interamericano: la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas***

Como ya se ha adelantado, los países latinoamericanos sufrieron en carne propia la tragedia de la desaparición forzada. Una de las primeras reacciones al fenómeno fue un informe emitido por la ComisiónIDH sobre la situación de los derechos humanos en Chile<sup>71</sup>.

Sin embargo, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos el hito normativo más importante en la lucha contra la desaparición forzada fue la creación de la CIDFP. El proceso de gestación de este tratado fue mucho más accidentado que el de la Declaración internacional. El proyecto inicial fue preparado en 1988 por la ComisiónIDH, previo encargo de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante, AGOEA). El proyecto fue sometido a la revisión de un Grupo de Trabajo creado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, esto es, un órgano dependiente del Consejo Permanente de la OEA. Desafortunadamente, el Grupo de Trabajo demoró casi cinco años en entregar un proyecto revisado. Se trataba

---

<sup>69</sup> Cfr. VIBHUTE, “The 2007 International Convention against Enforced Disappearance...”, cit., pp. 290-291; el mismo, “Tullio Scovazzi & Gabriella Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007)”, *Asian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2007, p. 326.

<sup>70</sup> Vid. PÉREZ SOLLA, María Fernanda. *Enforced Disappearances in International Human Rights*. Jefferson: McFarland & Company, 2006, pp. 20 y 21. En contra, STEVENS, op. cit., p. 372.

<sup>71</sup> ComisiónIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*. OEA/Ser.L/V/II.34, doc. 21, 25 octubre 1974, especialmente el capítulo IX, que se refiere a las “Detenciones por tiempo indeterminado y personas desaparecidas”.

de un texto mucho más débil que la versión original en lo relativo a los estándares de protección. Ante esta preocupante situación, un grupo de ONGs solicitó intervenir en la redacción del proyecto. En pocos meses confeccionaron un informe que examinaba cada artículo, recalcando los puntos débiles y sugiriendo la incorporación de los estándares de protección contenidos en la Declaración, que en ese entonces ya había sido aprobada. Esta activa intervención de las ONGs, que continuaron participando durante toda la tramitación, marcó un verdadero punto de inflexión y constituyó el impulso ideal para que la tramitación del proyecto prosiguiera con fluidez hasta la aprobación definitiva de la CIDFP, ocurrida en Belem do Pará el 9 de junio de 1994. Su entrada en vigor se produjo el 28 de marzo de 1996, convirtiéndose en el primer tratado internacional sobre la desaparición forzada<sup>72</sup>.

A pesar de la enorme relevancia de este tratado algunas cuestiones han sido objeto de críticas. SCOVAZZI y CITRONI advierten que la Convención adolece de los siguientes defectos: no trató adecuadamente las obligaciones internacionales sobre la prevención de la desaparición, limitándose a la incorporación de deberes demasiado genéricos; no reguló el derecho a recurso de las víctimas; permitió que los Estados puedan formular reservas; no incorporó medidas de protección para las personas que, estando vinculadas de algún modo a una desaparición, sufren el riesgo de afectación de los derechos a la vida o la integridad física, por ejemplo, los parientes de la persona desaparecida, los testigos, los abogados o los fiscales y jueces encargados de la investigación y del procesamiento de los responsables<sup>73</sup>.

De todas maneras, se trata de un importante texto convencional, que ha sido aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH) en su jurisprudencia y que sirvió de referencia para la redacción de la Convención Internacional.

---

<sup>72</sup> *Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas*, Belem do Pará, AG/RES 1256 (XXIV–O/94), AGOEA, res. de 9 de junio 1994, entrada en vigor el 28 de marzo de 1996. Para los detalles de los trabajos preparatorios de la CIDFP, cfr. ANDREU-GUZMÁN, “La desaparición forzada de personas”, cit., pp. 7-10; el mismo, “Progress toward a United Nations Treaty against Enforced Disappearances”, cit., p. 330; BROODY/GONZÁLEZ, op. cit., pp. 374-375. Actualmente, los países que han procedido a la ratificación del tratado son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Para el estado de las ratificaciones, vid. la página web del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, disponible en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>>. [Consulta: 19 de septiembre de 2014].

<sup>73</sup> SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., pp. 253-254.



### **3.5. La reacción internacional en el sistema universal: la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas***

Si bien la aprobación de una Declaración en el sistema universal de protección de los derechos humanos y la entrada en vigor de una Convención específica en el sistema interamericano constituyeron pasos de trascendental importancia en el tratamiento normativo internacional de la desaparición forzada, la carencia de una Convención de alcance universal significaba una inmensa laguna jurídica. En efecto, la Declaración no es un tratado internacional, con lo cual su obligatoriedad está sujeta a discusión, aunque haya opiniones favorables a su carácter vinculante. Además, su órgano de supervisión –el GTDFI– sólo desempeña una función de tipo humanitaria. Por su lado, la Convención Interamericana tiene una vigencia limitada a los países del sistema interamericano que han procedido a su ratificación. En el ámbito del Derecho penal internacional, como se verá en el epígrafe siguiente, la aprobación y entrada en vigencia del Estatuto de Roma (en adelante, ER) ha significado la tipificación de la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, no debe confundirse la responsabilidad penal individual que surge de la comisión de este crimen, con la responsabilidad internacional de los Estados por la infracción de sus obligaciones internacionales.

Tradicionalmente, tanto a nivel nacional como internacional, la desaparición forzada ha sido considerada un ilícito de tipo pluriofensivo. Esto significa que su comisión afecta un conjunto de bienes jurídicos o derechos fundamentales, entre los que cabe destacar el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la libertad personal.

Esta concepción de la desaparición forzada ha permitido la gestación de una práctica peculiar que se ha desarrollado gracias a una actitud proactiva de los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos. En efecto, ante las denuncias de desapariciones forzadas de personas, órganos de supervisión como el Comité de Derechos Humanos (en adelante, HRC), el Comité contra la Tortura y tribunales internacionales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (en adelante, CorteIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), han analizado los casos sometidos a su conocimiento a la luz de los tratados internacionales cuyo cumplimiento le corresponde supervisar, valorando en cada hipótesis concreta si los derechos consagrados en esos tratados habían sido vulnerados. Por lo tanto, la jurisprudencia de estos órganos y tribunales, ha concebido la desaparición forzada como un ilícito pluriofensivo que vulnera diversos derechos humanos protegidos en los respectivos tratados de derechos humanos. La ventaja de esta concepción es evidente, ya que ha permitido condenar a los Estados por su participación en la comisión de la desaparición forzada, pese a la inexistencia de una regulación específica y autónoma del fenómeno. Sin embargo, este desarrollo fragmentario de la desaparición forzada puede haber incidido negativamente en su consideración como un ilícito autónomo e independiente<sup>74</sup>.

Este panorama normativo demuestra cuán necesaria era la elaboración de una convención internacional de alcance universal que abordare el problema con un enfoque integral. La tramitación de la Convención Internacional comenzó en el seno de Naciones Unidas en 1996, con la confección de un primer proyecto elaborado por Luis JOINET. La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías comenzó a trabajar sobre ese texto y elaboró un proyecto de convención dos años más tarde<sup>75</sup>.

Para los efectos de entablar una discusión profunda sobre el proyecto, la CDH pidió que se designare un experto independiente para que examine el “*marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos pertinentes en los planos internacional y regional, los arreglos*”

---

<sup>74</sup> Cfr. SARKIN, Jeremy. “An Interview with Jeremy Sarkin, Chair-Rapporteur of the United Nations Working Group on Enforced and Involuntary Disappearances, on the Joint Study on Global Practices in Relation to Secret Detention”, *Essex Human Rights Review*, vol. 8, Issue 1, 2011, p. 540; VENTURINI, op. cit., p. 941. Para el sistema interamericano, vid. RIVERA JUARISTI, Francisco J. “La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, *Revista CEJIL*, año IV, n° 5, diciembre 2009, p. 24.

<sup>75</sup> SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS. *La administración de justicia y los derechos humanos*. Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia. E/CN.4/Sub.2/1998/19 (19 de agosto de 1998), Anexo (en adelante, Proyecto de 1998). Para la consulta de las opiniones transmitidas al Secretario General por Estados, organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales, vid. CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*. E/CN.4/2001/69 (21 de diciembre de 2000).

*intergubernamentales en materia de cooperación judicial, el proyecto de convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas [...], y también las observaciones de Estados y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, con miras a determinar las posibles lagunas a fin de asegurar la plena protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias*<sup>76</sup>. Además, la Comisión decidió crear un Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, a fin de que confeccionare un proyecto de convención internacional a la luz del informe del experto independiente<sup>77</sup>.

El experto designado fue Manfred NOWAK, quien entregó un magnífico y completo informe sobre el marco jurídico internacional de la desaparición, identificando las lagunas jurídicas existentes en el Derecho internacional y concluyendo que era necesaria e imperiosa la aprobación de un instrumento internacional universal sobre el tópico<sup>78</sup>.

El Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, presidido por el embajador francés Bernard KESSEDIAN, discutió el proyecto durante cinco sesiones, confeccionando un proyecto revisado al cabo de dos años y medio<sup>79</sup>. El proyecto revisado fue adoptado por la primera resolución del nuevo Consejo de Derechos Humanos<sup>80</sup>. El 26 de diciembre de 2006 la AG procedió a la aprobación de la CIPPDF, a través de la resolución 61/177. La Convención fue abierta a la firma el 6 de febrero de 2007 y entró en vigencia el 20 de diciembre de 2010, tras el transcurso de un plazo de treinta días contado desde el depósito del vigésimo octavo instrumento de ratificación<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> CDH, res. 2001/46, 23 de abril de 2001, párr. 11.

<sup>77</sup> Íd., párr. 12.

<sup>78</sup> CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. 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, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión en 58º período de sesiones. E/CN.4/2002/71 (8 de enero de 2002).

<sup>79</sup> CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 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 (2 de febrero de 2006).

<sup>80</sup> CDH, res. 1/1, 29 de junio de 2006.

<sup>81</sup> *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. AG, res. 61/177, adoptada el 20 de diciembre del 2006 y entrada en vigor el 23 de diciembre del 2010, *UNTS*, vol. 2715. Sobre la participación de las ONGs en la redacción de la Convención Internacional, vid. DIEZ-BACALSO, Mary Aileen. "A Convention Protecting Persons from Enforced Disappearances – An Imperative" [En línea], *Asian Federation against Involuntary Disappearance*, 2007.

A la fecha de redacción de este trabajo, 43 Estados han ratificado la Convención, pero sólo 18 de ellos han aceptado la competencia del CED<sup>82</sup>.

Para que las herramientas preventivas y sancionatorias de la Convención puedan alcanzar un grado significativo de eficacia a nivel universal es indispensable que la mayor cantidad posible de Estados proceda a ratificarla y acepte sin tapujos la competencia del CED. Aún es demasiado pronto para aventurar presagios sobre la suerte de la Convención en lo relativo a su aprobación internacional. Seguramente falta mucho camino por andar, pero no se debe perder la actitud crítica frente los Estados que no proceden a ratificar la Convención, especialmente, ante aquéllos que poseen su propio historial de desapariciones forzadas.

La entrada en vigencia de este tratado internacional es sólo uno de los múltiples factores que puede incidir significativamente en la esperada extinción de esta práctica, pero en ningún caso el único. Es muy importante no sobrevalorar su importancia y tener en cuenta que se trata sólo de una estrategia entre muchas<sup>83</sup>.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que la CIPPDF y el resto de los instrumentos internacionales sobre el tema representan una clara condena a la comisión de la desaparición forzada por parte de la comunidad internacional en su conjunto.

### **3.6. El marco normativo de la desaparición forzada en el Derecho penal internacional**

La desaparición forzada también ha experimentado una evolución en el marco del Derecho penal internacional hasta su consagración como crimen de lesa humanidad

---

Disponible en <[http://afad-online.org/voice/may\\_05/internationallobby.htm](http://afad-online.org/voice/may_05/internationallobby.htm)>. [Consulta: 12 de julio de 2014].

<sup>82</sup> Actualmente, los Estados que han ratificado la Convención y han reconocido la competencia del CED son: Albania, Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Chile, Ecuador, España, Francia, Japón, Lituania, Mali, Montenegro, Países Bajos, Portugal, Serbia y Uruguay. En cambio, los Estados que han ratificado la Convención sin reconocer la competencia del Comité son: Armenia, Bolivia, Brasil, Burkina Faso, Camboya, Colombia, Costa Rica, Cuba, Gabón, Honduras, Iraq, Kazajistán, Lesoto, Marruecos, Mauritania, México, Nigeria, Panamá, Paraguay, Perú, Samoa, Senegal, Túnez, y Zambia. Para la consulta del estado de las ratificaciones de la CIPPDF, vid. la página web *United Nation Treaty Collection*. Disponible en <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-16&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en)>. [Consulta: 19 de septiembre de 2014].

<sup>83</sup> Al respecto, vid. LIPPMAN, op. cit., p. 143.

en el ER<sup>84</sup>. Como se sabe, las primeras tipificaciones positivas de los delitos penales internacionales se desarrollaron a propósito de los Juicios de Núremberg. La tipificación de estos crímenes se consagra en los textos que regularon los estatutos de los diferentes tribunales militares en virtud de los cuales se juzgó a los criminales de guerra de los Estados vencidos, tanto en Alemania como en Japón. Sin embargo, la desaparición forzada de personas no fue incluida entre los crímenes contra la humanidad tipificados en el artículo 6(c) del *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, el artículo 5(c) del *Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente* o el art II(c) de la *Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado*<sup>85</sup>.

Asimismo, las disposiciones análogas de los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* –artículo 5 del *Estatuto del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia* y el artículo 3 del *Estatuto del Tribunal penal internacional para Ruanda*– tampoco contemplan la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad<sup>86</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia del *Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia* (en adelante, TPIY) ha señalado *obiter dicta* que la desaparición puede ser enmarcada en la fórmula genérica de crímenes de lesa humanidad contenida en el artículo 5(i) del Estatuto y que se refiere a “*otros actos inhumanos*”<sup>87</sup>. Sin embargo, en el caso *Krnjelac* se alcanzó una conclusión diferente, ya que la desaparición de algunos detenidos del centro de detención “KP Dom” fue asimilada al homicidio, tras haberse acreditado la muerte de la víctima mediante la prueba de presunciones, sin que se hallaren los cadáveres. Según esta sentencia, las circunstancias que rodeaban el hecho, entre otras, el transcurso de un largo tiempo sin tener noticia de las víctimas, el clima de ilegalidad que reinaba en el centro de detención y el *modus operandi* con que se llevaron a cabo las desapariciones, permitía fundamentar la presunción de muerte de los

---

<sup>84</sup> *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. A/CONF.183/9, Roma, 17 de julio de 1998, entrado en vigencia el 1 de julio de 2002, United Nations Treaty Series (en adelante, *UNTS*), vol. 2187, p. 3.

<sup>85</sup> Cfr. *Charter of the International Military Tribunal*, cit.; *International Military Tribunal for the Far East Charter (IMTFE Charter)* [En línea], en UNIVERSITY OF OSLO. FACULTY OF LAW, 19 de enero de 1946. Disponible en <<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>>. [Consulta: 9 de julio de 2014]; *Control Council Law No. 10* [En línea], en YALE LAW SCHOOL. LILLIAN GOLDMAN LAW LIBRARY. *The Avalon Project*. Documents in Law, History and Diplomacy. Disponible en <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>>. [Consulta: 9 de julio de 2014].

<sup>86</sup> Para la consulta del Estatuto del TPIY y del TPIR, vid., respectivamente, Consejo de Seguridad (en adelante, CS), res. 827(1993), 25 de mayo de 1993 y res. 955(1994), 8 de noviembre de 1994.

<sup>87</sup> Cfr. TPIY, Sala de Juicio (en adelante TC), *Furundžija*, judgment, IT-95-17/1, 10 de diciembre de 1998, párr. 175 n. 201; el mismo, *Kupreškić et al.*, judgment, IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, párr. 566; el mismo, *Kvočka et al.*, judgment, IT-98-30/1, 2 de noviembre de 2001, párr. 208.

desaparecidos<sup>88</sup>. La validez de las presunciones en casos de desapariciones forzadas fue puesta en duda en el caso *Limaj*, ya que el TPIY concluyó que la presunción sobre la muerte de las personas desaparecidas debía basarse en medios de prueba que acreditaran con absoluta certeza la muerte de las víctimas<sup>89</sup>.

Habiéndose explicado el tratamiento de la desaparición de los tribunales *ad hoc*, cabe hacer referencia a los estatutos de los tribunales penales internacionales mixtos, esto es, tribunales que cuya organización, estructura, funcionamiento, reglas procedimentales y de fondo, están regulados por una amalgama de normas nacionales e internacionales<sup>90</sup>.

En relación con la situación de Timor Oriental, la *Regulation no. 2000/15* emitida por la Administración de Transición de Naciones Unidas para Timor Oriental (en adelante, UNTAET), texto normativo regulador del Panel Especial de la Corte del Distrito de Dili, le otorgó a este panel la competencia para el conocimiento de la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad y definiéndola en términos similares a los del ER<sup>91</sup>. Sin embargo, no se reguló adecuadamente la competencia respecto de los crímenes anteriores a la fecha de la *Regulation no. 2000/15*, esto es, 25 de octubre de 1999, supuestos en que el tribunal tiene facultad para la aplicación los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos sobre violaciones graves. Ante casos de desapariciones forzadas el tribunal tendría que decidir si es aplicable la DPPDF, dado que se trata del único instrumento internacional de alcance universal anterior a esa fecha<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. TPIY, TC, *Krnjelac*, judgment, IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002, párrs. 325-327 y 330; el mismo, Sala de Apelaciones (en adelante, AC), *Krnjelac*, judgment, IT-97-25-T, 17 de septiembre de 2003, párr. 180. El caso se refiere a detenidos que en su mayoría habían sido relevados del centro de detención para supuestos intercambios, traslados o realización de tareas.

<sup>89</sup> TPIY, TC, *Limaj et al.*, judgment, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párrs. 342-344, 350-351, 360-363, 368-373, 377-379 y 406-409. Para mayores comentarios sobre el tratamiento de la desaparición en la jurisprudencia del TPIY, cfr. RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 363 y n. 190-193; FINUCANE, op. cit., pp. 187-188.

<sup>90</sup> AMBOS, Kai/OTHMAN, Mohamed. "Introduction", en AMBOS, Kai/OTHMAN, Mohamed (eds.), *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, 2003, p. 2.

<sup>91</sup> UNTAET. *Regulation No 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences*. UNTAET/REG/2000/15 (6 de junio de 2000), secciones 1.3(c), 5.1(i) y 5.2(i). Vid. en doctrina, OTHMAN, Mohamed. "The Framework of Prosecution and the Court System in East Timor", en *New Approaches in International Criminal Justice...*, cit., p. 90.

<sup>92</sup> Cfr. UNTAET. *Regulation No 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences*, cit., sección 2.4; UNTAET. *Regulation No 1999/1 on the*

En cuanto al estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (en adelante, SCSL), la desaparición no está incluida en el artículo 2, que tipifica los crímenes de lesa humanidad<sup>93</sup>. Finalmente, en relación con la ley que regula el establecimiento de las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya, su artículo 5, que tipifica crímenes de lesa humanidad, tampoco incorpora la desaparición forzada<sup>94</sup>.

Pasando a otros textos normativos que han tenido relevancia en la evolución del Derecho penal internacional, el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) de 1996, incluyó la desaparición forzada entre los crímenes contra la humanidad en su artículo 18(i). En los *Comentarios* del Proyecto se explica que, pese a la ausencia de la desaparición forzada en los instrumentos anteriores de Derecho penal internacional, su incorporación se justifica atendida su extrema crueldad y gravedad<sup>95</sup>.

Ahora bien, en lo que respecta al ER, durante su negociación se discutió si era pertinente incorporar la desaparición forzada entre los crímenes de lesa humanidad. Algunos argumentaban que la ausencia de este crimen en los estatutos de los tribunales *ad hoc* era un argumento suficiente para excluir su incorporación. Sin embargo, afortunadamente prevaleció la postura inclusiva que se asentaba en dos argumentos generales; a saber: el hecho de que la desaparición forzada había recibido un tratamiento específico en instrumentos internacionales de derechos humanos; y la gravedad y crueldad del fenómeno, que justificaba su tratamiento como un crimen de lesa humanidad específico, independientemente de la existencia de la cláusula genérica

---

*Authority of the Transitional Administration in East Timor*. UNTAET/REG/1999/1 (27 de noviembre de 1999), sección 3.1. Vid. en doctrina, OTHMAN, op. cit., pp. 90 y 92.

<sup>93</sup> *Statute of the Special Court for Sierra Leone* [En línea], 16 de enero de 2002, *The Special Court for Sierra Leone and the Residual Special Court for Sierra Leone*. Disponible en <<http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>>. [Consulta: 10 de julio de 2014]. Vid. en doctrina, JALLOW, Hassan. “The Legal Framework of the Special Court for Sierra Leone”, en *New Approaches in International Criminal Justice...*, cit., p. 160.

<sup>94</sup> *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in The Courts of Cambodia for the prosecution of crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea*, NS/RKM/0801/12, en *New Approaches in International Criminal Justice...*, cit., pp. 267-280. Vid. en doctrina, KASHYAP, Subhash. “The Framework of the Prosecution in Cambodia”, en *New Approaches in International Criminal Justice...*, cit., pp. 196-197.

<sup>95</sup> CDI. *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries* (1996), en *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II, Part Two, pp. 17-56, comentario n° 15 al art. 18.

referida a “*otros actos inhumanos*”. Así, la desaparición forzada fue incorporada como crimen de lesa humanidad en el art. 7(1)(i) y definida en el art. 7(2)(i) del ER<sup>96</sup>.

Recapitulando, cabe concluir que la tipificación de la desaparición forzada en el ER ha reafirmado que el delito puede asumir el carácter de un crimen de lesa humanidad si se comete en el marco de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil y en conocimiento de dicho ataque. La importancia de la constatación de estos crímenes estriba en la activación de una serie de importantes consecuencias jurídicas, por ejemplo, la aplicabilidad de la jurisdicción universal, la imprescriptibilidad, la improcedencia de causas de exención de pena como las amnistías y los indultos, la aplicación restringida de ciertas *defences* y la aplicabilidad de categorías especiales de autoría penal, como el *Joint Criminal Enterprise*, la autoría mediata o la responsabilidad del superior. Lo anterior no significa que una desaparición forzada aislada, deje de ser un crimen y un hecho internacionalmente ilícito esencialmente grave, que hace aplicables un conjunto de obligaciones internacionales relacionadas con la prevención, la sanción y la reparación de este ilícito.

---

<sup>96</sup> Para la discusión sobre la desaparición forzada durante los trabajos preparatorios del ER, cfr. ROBINSON, Darryl. “Defining ‘Crimes Against Humanity’ at the Rome Conference”, *American Journal of International Law*, vol. 93, No. 1, enero 1999, pp. 55-56 y n. 75-76; SCHABAS, William. *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 182; VON HEBEL, Herman/ ROBINSON, Darryl. “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en LEE, Roy S. (ed.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*. La Haya/Londres/Boston: Kluwer Law International/Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 102; WITSCHERL, Georg/RÜCKERT, Wiebke. “Article 7(1)(i)-Crime Against Humanity of Enforced Disappearance of Persons”, en LEE, Roy S. (ed.). *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 99.

Cabe señalar que en el marco de la codificación internacional privada, la *Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad*, a cargo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington, el Instituto Mundial de Derecho Whitney R. Harris y la Iniciativa sobre Crímenes de Lesa Humanidad, contempla la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad en su art. 3(1)(i) y lo define en el art. 3(2)(i) en términos casi idénticos al ER Vid. WASHINGTON UNIVERSITY SCHOOL OF LAW/WHITNEY R. HARRIS WORLD LAW INSTITUTE/INICIATIVA SOBRE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. *Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad* [En línea], en Whitney R. Harris *World Law Institute*, trad. a cargo del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los derechos humanos y la justicia internacional (IIH) y supervisada por Salvador Cuenca Curbelo, agosto 2010. Disponible en <<http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/wp-content/uploads/2012/01/CAH-Draft-Convention-Spanish-Translation-January-2012-FINAL.pdf>>. [Consulta: 13 de abril de 2014].



### 3.7. El Derecho internacional humanitario y las desapariciones forzadas

Un conflicto armado representa un contexto propicio para la comisión de desapariciones forzadas. De hecho, en tales situaciones se recurre a la comisión generalizada de este crimen con el objeto de amedrentar la población y debilitar al oponente<sup>97</sup>.

En las convenciones del Derecho internacional humanitario no se hace mención expresa a la desaparición forzada de personas. Sin embargo, según la regla 98 del Derecho internacional humanitario consuetudinario se trata de una práctica prohibida durante los conflictos armados. El Comentario oficial de esta regla agrega que la comisión de la desaparición en un conflicto armado vulnera otras normas consuetudinarias y convencionales del Derecho internacional humanitario, específicamente, las que se refieren a la prohibición de las detenciones arbitrarias, la prohibición de la tortura, la prohibición del asesinato y el respeto a la vida familiar. Pese a este carácter pluriofensivo, la regla 98 concibe la desaparición como un ilícito autónomo<sup>98</sup>. Por lo tanto, se trata de un acto prohibido por el Derecho internacional humanitario, prohibición que ha sido confirmada por la práctica del CS, la AG y el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR)<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> VERMEULEN, “The Duty to Take Preventive Operational Measures...”, cit., pp. 153-154.

<sup>98</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie/DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law* (2005). 2 vols. Cambridge: Cambridge University Press/International Committee for the Red Cross, 2009, t. I, “Rule 98. Enforced disappearance is prohibited”, pp. 340-343. En doctrina, sostienen la misma tesis VENTURINI, op. cit., p. 947; OTT, op. cit., pp. 132 y 135. La desaparición forzada puede estar relacionada con la comisión de otros crímenes de guerra. Al respecto, vid. CALVET MARTÍNEZ, op. cit., pp. 517; PÉREZ ACEVEDO, Juan Pablo. “Las desapariciones forzadas de personas en el Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° XXIII, 2007, pp. 364-366. Cfr., también, VENTURINI, op. cit., OTT, op. cit., pp. 135-155.

<sup>99</sup> En relación a las desapariciones cometidas por los militares serbios de Bosnia y las fuerzas paramilitares en las zonas de Srebrenica, Zepa, Banja Luka y Sanski Most, consideradas como una violación al Derecho internacional humanitario y los derechos humanos, cfr. CS, res. 1034 (1995), 21 de diciembre de 1995, n° 2 y 4; AG, res. 50/193, *Situación de los derechos humanos en la República de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)*, 22 de diciembre de 1995. Para las desapariciones cometidas en Sudán del Sur tras el colapso del cese al fuego en junio del año 2000, vid. AG, res. 55/116, *Situación de los derechos humanos en el Sudán*, 4 de marzo del 2000, n° 2(a)(ii). El Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja han condenado la desaparición forzada en algunas resoluciones adoptadas en conferencias internacionales. Cfr. *Resolution II (Forced or involuntary disappearances)*, 24th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Manila, 1981; *Resolution 13*, 25th International Conference of the Red Cross, Geneva, 23 al 31 de octubre de 1986; *Plan of Action for the years 2000-2003*, Annex 2 of the resolution 1, 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 31 de octubre al 6 de noviembre de 1999, final goal 1.1, 1, (b).

Sin perjuicio de lo anterior, el Derecho internacional humanitario convencional dedica algunas importantes disposiciones a las personas desaparecidas, un concepto que no es idéntico a la desaparición forzada, pese a la similitud terminológica. Las personas desaparecidas son aquellas respecto de la que se ha perdido toda noticia sobre su estado y paradero por causa de la guerra<sup>100</sup>. La pérdida de la información sobre estas personas ocurre por alguna causa directa o indirectamente vinculada con un conflicto armado<sup>101</sup>.

Ahora bien, en el contexto fáctico de un conflicto armado puede ocurrir que una persona ha desaparecido por ser víctima de desaparición forzada. En otras palabras, se trataría de un caso en que una persona está desaparecida en los términos del Derecho internacional humanitario y, al mismo tiempo, es víctima de desaparición forzada. Este solapamiento fáctico, sin embargo, no debe inducir a confusiones conceptuales. Una cosa es la desaparición forzada como ilícito internacional y otra cosa es la persona desaparecida en un conflicto armado como categoría de persona vulnerable protegida por el Derecho internacional humanitario.

Pues bien, uno de los derechos más importantes a favor de las personas desaparecidas es el que consagra el artículo 32 del *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los*

---

<sup>100</sup> Cfr. MARTIN, Sophie. “The Missing”, *International Review of the Red Cross*, vol. 84, n° 848, December 2002, pp. 724; ZELLWEGGER-MONIN, Renée. “Addressing the Phenomenon of Missing Persons: a Major Challenge in International Law and Practice”, en CICR. *Report of the Second Universal Meeting of National Committees on International Humanitarian Law*. Geneva, 19–21 March 2007. Legal Measures and Mechanisms to Prevent Disappearances, to Establish the Fate of Missing Persons, and to Assist Their Families. Ginebra: ICRC, 2007, pp. 99; CICR. “The Missing: Action to Resolve the Problem of People Unaccounted for as a Result of Armed Conflict or Internal Violence and to Assist their Families. International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts Geneva, 19-21 February 2003 Working Group on the *Observations and Recommendations* Report by the Chairman to the Plenary Mr Nicolas Michel, Director, Directorate of Public International Law, Federal Department of Foreign Affairs, Switzerland”, *International Review of the Red Cross*, vol. 85, n° 849, March 2003, p. 186; la misma, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., p. I; UNIÓN INTERPARLAMENTARIA/CICR. *Las personas desaparecidas*. Guía para los parlamentarios. Ginebra/Nueva York: Unión Interparlamentaria/Oficina del Observador Permanente de la UIP ante la ONU/Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009, p. 13. En las dos últimas fuentes se contempla una definición más amplia de las personas desaparecidas, que agrega las desapariciones acontecidas en situaciones de violencia interna, esto es, disturbios interiores y situaciones en las que se requiera la actuación de una institución neutral e independiente.

El drama de las personas desaparecidas ha sido tratado en la película *Largo domingo de noviazgo* [DVD]. Director: Jean-Pierre JEUNET. Producción: 2003 Productions/Warner Bros. Pictures. Distribución: Warner Home Video, 2005 (2004), que cuenta la historia de una chica que busca a su prometido, quien durante la Primera Guerra Mundial fue sometido a un consejo de guerra y enviado a tierra de nadie.

<sup>101</sup> Para una enumeración ejemplificativa de causas que pueden provocar la desaparición, vid. CICR. “The Missing...”, cit., p. 186; UNIÓN INTERPARLAMENTARIA/CICR, op. cit., p. 14; ZELLWEGGER-MONIN, op. cit., pp. 99-100. CRETTOLE/LA ROSA, op. cit., p. 356, argumentando que la información sobre las personas desaparecidas puede ser utilizada de manera perversa por las Partes del conflicto, para ejercer presión sobre el enemigo o para generar una sensación de angustia a la población.

*conflictos armados internacionales (Protocolo I)* (en adelante, PICG), que se refiere al derecho a la verdad en favor de sus familiares<sup>102</sup>. Este mismo Protocolo y los Convenios de Ginebra, también obligan a las Partes de un conflicto a buscar las personas cuya desaparición viene señalada por la parte adversa<sup>103</sup>, proceder a la contestación de las solicitudes de información formuladas por los familiares<sup>104</sup> e implementar agencias de información<sup>105</sup>.

Asimismo, el Derecho internacional humanitario contempla una gama de mecanismos que tienen por objeto permitir a los familiares el restablecimiento de un contacto con las personas desaparecidas. Estos mecanismos varían en atención a las causas de la desaparición<sup>106</sup>. Algunos ejemplos de hechos que implican la pérdida de información son la interrupción del servicio postal<sup>107</sup>, la detención o captura de la persona desaparecida o su hospitalización<sup>108</sup>. En el caso de las personas fallecidas, las

---

<sup>102</sup> *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, aprobado en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978, *UNTS*, vol. 1125, p. 3, art. 32: “En la aplicación de la presente Sección, 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”. Para una referencia a la experiencia práctica sobre el problema de la búsqueda de las personas desaparecidas, vid. CRETOL/LA ROSA, op. cit., p. 357.

<sup>103</sup> PICG, cit., art. 33, refrendada por la regla 117 del Derecho internacional humanitario consuetudinario. Vid. HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, op. et vol. cit., “Rule 117. Accounting for Missing Persons”, pp. 421-427.

<sup>104</sup> Cfr. *III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra* (en adelante, IIICG), aprobado por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, p. 135, art. 122(6); *IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* (en adelante, IVCG), aprobado por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigencia el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, n° 973, 1950, p. 287, art. 137(1).

<sup>105</sup> Cfr. IIICG, cit., arts. 122 y 123; IVCG, cit., arts. 136 y 140.

<sup>106</sup> Para una reseña de tales causas, cfr. DOSWALD-BECK, Louise. “Missing Persons: Legal Requirements under International Humanitarian Law and Related Treaties”, ICRC. *Report of the Second Universal Meeting of National Committees on International Humanitarian Law*, cit., pp. 104-106; KALSHOVEN, Frits/ZEGVELD, Liesbeth. *Constraints on the Waging of War. An Introduction to International Humanitarian Law*. (2001). 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press/International Committee of the Red Cross, 2011, pp. 135-136; KLEFFNER, Jann K. “Protection of the Wounded, Sick and Shipwrecked”, en FLECK, Dieter. *The Handbook of International Humanitarian Law* (1995). 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 339; SASSÒLI, Marco/TOUGAS, Marie Luis. “The ICRC and the Missing”, *International Review of the Red Cross*, vol. 84, n° 848, December 2002, pp. 730-731.

<sup>107</sup> Cfr. IIICG, cit., arts. 70-71; IVCG, cit., arts. 25 y 107.

<sup>108</sup> *I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña* (en adelante, ICG), aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra,

Partes beligerantes tienen la obligación de buscar a los muertos después de cada combate para evitar que sean despojados y proceder a su identificación<sup>109</sup>.

Por su parte, el CICR realiza una importante actividad humanitaria a través de la Agencia Central de Búsquedas, cuya principal función es el restablecimiento de contacto entre las personas desaparecidas y sus familiares<sup>110</sup>. El CICR también está facultado para visitar a los prisioneros de guerra, siendo éste un mecanismo que puede contribuir a evitar la desaparición de esa categoría de personas protegidas<sup>111</sup>.

Ahora bien, si en el contexto de un conflicto armado se produce una desaparición forzada de personas, ¿cuál es el Derecho aplicable? ¿Es posible una aplicación conjunta del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos? La CIPPDF dispone en su artículo 43 que “[l]a presente Convención se entiende sin perjuicio de las disposiciones del Derecho internacional humanitario”. ¿Cómo debe ser interpretada esta disposición?

Este problema es un reflejo específico del debate más general abordado por la doctrina y la jurisprudencia, que reflexiona sobre la posibilidad de aplicar conjuntamente el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos<sup>112</sup>. Aunque la tesis dominante defiende la convergencia de estas dos

---

celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, p. 31, art. 16; *II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar* (en adelante, IICG), aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, p. 85, art. 19. La causa genérica de desaparición, se establece en el IVCG, cit., art. 26.

<sup>109</sup> Cfr. ICG, cit., arts. 15-17; IICG, cit., art. 18-20. Vid. en doctrina KLEFFNER, op. cit., pp. 336-337.

<sup>110</sup> CAPELLÀ I ROIG, Margalida. “Las «desapariciones forzadas» en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de Derecho internacional sin reparación ni castigo”, en SOROETA LICERAS, Juan (ed.). *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. VI. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2006, pp. 279-281. Para consultar las actividades de esta agencia, puede visitarse su sitio web: *Restoring Family Links*. Disponible en <<http://familylinks.icrc.org/en/Pages/home.aspx>>. [Consulta: 15 de abril de 2014]. Sobre este papel del CICR, vid. CRETOL/LA ROSA, op. cit., pp. 359-362.

<sup>111</sup> Cfr. IICG, cit., art. 126; IVCG, cit., art. 143. Se refiere a esta facultad el art. 43 de la CIPPDF. Sobre el sentido de esta remisión, vid. MCCRORY, op. cit., p. 561.

<sup>112</sup> Sobre el debate, cfr. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. “El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos como regímenes internacionales”, en CARDONA LLORENS, Jorge/PUEYO LOSA, Jorge Antonio/RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis/SOBRINO HEREDIA, José Manuel (eds.) y AZNAR GÓMEZ, Mariano J. (coord.). *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. 2 vols. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, t. 1, pp. 354-359, vislumbrando la posibilidad futura de la unificación de ambas ramas; DE LONDRAS, Fiona. *Detention in the ‘War on Terror’*. Can Human Rights Fight Back? Cambridge:

ramas del Derecho internacional, se ha generado discusión sobre la modalidad más adecuada de aplicación. De acuerdo con una primera interpretación, defendida por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), el Derecho internacional humanitario opera como una *lex specialis* respecto del Derecho internacional de los derechos humanos, de modo que si hay un conflicto normativo que involucra preceptos de ambas ramas, deben primar las reglas del Derecho humanitario en razón de su especialidad<sup>113</sup>. En cambio, para una segunda interpretación, sostenida por el HRC, debe procederse a la aplicación conjunta de ambas ramas sin jerarquías de especialidad<sup>114</sup>.

Este debate también fue abordado durante los trabajos preparatorios de la CIPPDF. En general, el CICR y algunas delegaciones argumentaron que la prohibición de la desaparición forzada debía tener un carácter absoluto, de modo que ninguna circunstancia excepcional, incluyendo el conflicto armado, podía justificar su

---

Cambridge University Press, 2011, pp. 41-43, criticando la postura reaccionaria de Estados Unidos sobre la inaplicabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos en la “Guerra contra el terrorismo”; PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. “Derecho Humanitario y Derechos Humanos: una apuesta por la convergencia”, en PUEYO LOSA, Jorge/ URBINA, Julio Jorge (coords.), *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad Internacional en Transición*. Santiago de Compostela: Cruz Roja Española/Tórculo Ediciones, 2002, págs. 17-37; SCHABAS. “*Lex Specialis?* Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of *Jus ad Bellum*”, *Israel Law Review*, vol. 40, issue 2, spring 2007, pp. 592-613, mostrándose escéptico ante la posibilidad de una plena convergencia entre ambas ramas.

En cuanto a los conflictos armados no internacionales, la aplicación convergente se infiere del considerando segundo del Preámbulo del *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)* (en adelante, PIICG), aprobado en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978, *UNTS*, vol. 1125, p. 609, según el cual “*los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental*”. Según el Comentario oficial del Protocolo, el concepto de “*instrumentos internacionales*” abarca tanto los de la ONU como los dimanantes de los sistemas regionales. Vid. SANDOZ, Yves/SWINARSKI, Christophe/ZIMMERMANN/Bruno (revs. y coords.). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios* (1986). Trad. de José Chocomeli Lera, con la colaboración de Mauricio Duque Ortiz (Referencias: Margarita Serrano García y María Ecuyer). Bogotá: Plaza & Janés, 1998, p. 75, párr. 4428.

<sup>113</sup> La CIJ ha sostenido la tesis de la especialidad en dos opiniones consultivas y en un caso contencioso: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, advisory opinion, 8 de Julio de 1996, *I.C.J. Reports*, 1996, pp. 226-267, párrs. 24-25; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 2004, pp. 136-203, párrs. 104-106; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo vs. Uganda)*, Judgment, 19 de diciembre de 2005, *I.C.J. Reports*, 2005, pp. 168-283, párrs. 178-180 y 216-217.

<sup>114</sup> El HRC ha defendido esta posición en dos observaciones generales: *Observación general n° 31*. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 de mayo de 2004), párr. 11; el mismo, *Observación general N° 29*. Estados de emergencia (artículo 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 de agosto de 2001), párr. 3. En la misma línea cfr. CDH, res. 2005/34, 19 de abril de 2005; AG, res. 61/173, 19 de diciembre de 2006.

suspensión<sup>115</sup>. Además, si bien alguna delegación defendió la aplicación exclusiva del Derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado, la mayoría defendió una aplicación conjunta con el Derecho internacional de los derechos humanos, pero sujetándola al principio de especialidad<sup>116</sup>.

Por lo tanto, el artículo 43 de la Convención confirma dos cuestiones. Primero, que la prohibición de la desaparición forzada tiene un carácter absoluto, de modo que una situación de conflicto armado no puede suspender la vigencia y obligatoriedad de esta prohibición<sup>117</sup>. Segundo, que el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos se deben aplicar convergentemente a los casos de desapariciones cometidas en el contexto de los conflictos armados<sup>118</sup>.

Sin embargo, lo que el artículo 43 no aclara es si esa aplicación se rige por la regla de la especialidad. En mi opinión, la aplicación convergente de estas ramas del Derecho internacional debe inspirarse por la mejor y mayor protección de los derechos del ser humano. Por ende, la regla que debe tenerse en cuenta para la resolución de eventuales conflictos normativos es el principio *pro homine* y no la regla de la especialidad<sup>119</sup>. Esta posición, además, está en línea con lo que dispone el artículo 37 de

---

<sup>115</sup> CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 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 (12 de febrero de 2003), párr. 22.

<sup>116</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 31, dando cuenta de la opinión de NOWAK; la misma, *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 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 (23 de febrero de 2004), párrs. 166-167. También cfr. las declaraciones de los delegados del Reino Unido y Estados Unidos, interpretando que el art. 43 establece una cláusula de salvaguardia que recuerda la especialidad del Derecho internacional humanitario: AG. DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION. *Third Committee Approves Draft Resolution Concerning Convention on Enforced Disappearances*. GA/SHC/3872, 13 de noviembre de 2006; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos"*. Nota verbal de fecha 20 de junio de 2006 dirigida a la Secretaría del Consejo de Derechos Humanos por la Misión Permanente de los Estados Unidos de América ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, A/HRC/1/G/1 (27 de junio de 2006), pp. 3-4.

<sup>117</sup> El art. 1 de la CIPPDF se refiere expresamente a esta cuestión: “*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*”.

<sup>118</sup> OTT, op. cit., p. 134.

<sup>119</sup> En general, defienden la aplicación del principio *pro homine* como una regla interpretativa adecuada para entender la convergencia PÉREZ GONZÁLEZ, op. cit., p. 37; CASANOVAS Y LA ROSA, “El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos como regímenes internacionales”, cit., pp. 353-354, haciendo referencia a la cláusula Martens. Sobre el principio *pro homine*, cfr. HENDERSON, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden

la CPPDF, según el que “*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*”.

## CONCLUSIONES PRELIMINARES

Esta primera aproximación general sobre la desaparición permite la elaboración de las siguientes conclusiones preliminares:

**1. Desde el punto de vista fáctico, la desaparición forzada es un ilícito complejo, vigente, universal y evolutivo.**

La descripción fáctica de la desaparición forzada ha demostrado que se trata de un ilícito complejo, compuesto por varias fases de comisión en que participan diferentes sujetos, afectando a una pluralidad de víctimas y a la sociedad en su conjunto. Es un ilícito que se sigue cometiendo en la actualidad en diferentes partes del mundo y que ha asumido nuevas formas que le han permitido adaptarse a contextos contemporáneos de violencia.

**2. Desde un punto de vista histórico, la desaparición forzada es un fenómeno reciente.**

Si bien no hay unanimidad en la doctrina sobre el origen histórico de la desaparición forzada, es posible concluir que se trata de un fenómeno que ha surgido y se ha desarrollado a lo largo del siglo XX, siendo utilizada como una estrategia para la persecución de la oposición política.

---

interno: la importancia del principio *pro homine*”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 39, 2004, pp. 71-99; PINTO, Mónica. “El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín/COURTIS, Christian (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto/CELS, 1997, pp. 163-171.

### **3. La desaparición forzada tiene un marco normativo internacional integrado por varios instrumentos regionales y universales.**

El uso sistemático y generalizado de la desaparición en contextos autoritarios impulsó una reacción de la comunidad internacional que se tradujo en la creación de un marco normativo destinado a combatir y prevenir esta práctica. Las primeras reacciones del Derecho internacional consistieron en la instalación de un procedimiento temático a cargo del GTDFI y en la redacción de la DPPDF. Posteriormente, la desaparición comenzó a ser regulada a nivel convencional, primero a través de la CIDFP y luego mediante la CIPPDF.

El marco normativo de la desaparición tiene un carácter pluridisciplinario. El Derecho internacional de los derechos humanos se preocupa de fijar los parámetros de la responsabilidad internacional que le cabe a los Estados ante la comisión de las desapariciones. Por otro lado, el Derecho penal internacional ha permitido la tipificación de la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad cuya comisión acarrea la responsabilidad penal individual de los perpetradores. Finalmente, el Derecho internacional humanitario considera que la desaparición forzada es una práctica prohibida en cualquier conflicto armado. Además, esta rama del Derecho internacional regula el concepto de personas desaparecidas, que está emparentado con la desaparición, aunque no es idéntico a ella y se preocupa de institucionalizar otros derechos que son muy importantes en el ámbito de las desapariciones forzadas, como el derecho a la verdad y la protección de los restos mortales de las víctimas.



## **CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS**

### **ACLARACIONES PRELIMINARES**

Si bien desde un enfoque fáctico, las explicaciones anteriores podrían permitir identificar con cierta facilidad una desaparición forzada, en el mundo jurídico es muy enrevesada la tarea de elaborar una definición precisa que refleje adecuadamente la realidad de este fenómeno y que sea funcional para la interpretación del contenido de las obligaciones, los derechos y las responsabilidades que surgen como consecuencia de su comisión. Esta dificultad se explica por la complejidad de este ilícito.

Antes de abordar el análisis del problema conceptual, cabe preguntarse por qué es importante contar con una definición de la desaparición forzada y si es necesario plasmar esa definición en los instrumentos internacionales dedicados específicamente a la materia.

Pues bien, la conceptualización de la desaparición forzada es indispensable para identificar con claridad cuáles son sus elementos constitutivos. En otras palabras, la definición nos muestra qué criterios deben ser satisfechos y qué antecedentes deben ser acreditados para considerar que se ha producido una desaparición forzada. Sobre la base de esas constataciones, además, se facilita la tarea de determinar el contenido del derecho de toda persona a no ser sometida a este crimen y de individualizar sus elementos para los efectos de su tipificación penal en el Derecho nacional<sup>120</sup>. Asimismo, la actividad interpretativa de todas y cada una de las obligaciones internacionales dimanantes de los diversos instrumentos reguladores de la desaparición, transitará sus caminos utilizando la definición como brújula.

En el panorama actual sobre la codificación internacional de la desaparición forzada, todos los instrumentos internacionales que se han preocupado directamente de su regulación, contienen una definición; a saber: la DPPDF, la CIDFP y la CIPPDF. También el ER contiene una definición de la desaparición como crimen de lesa

---

<sup>120</sup> MCCRORY, op. cit., p. 549.

humanidad. Es conveniente transcribir las definiciones consagradas en cada uno de estos instrumentos, porque serán objeto de un análisis comparado en este trabajo.

La DPPDF contiene la definición en el párrafo tercero del Preámbulo, prescribiendo que se trata del acto a través del cual *“se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”*.

A su vez, la CIDFP, en su artículo II señala que *“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”*.

Por su parte, la CIPPDF, también en su artículo 2, entiende 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”*.

Finalmente, el ER consagra la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad en el artículo 7(1)(i), definiéndola en el artículo 7(2)(i) como *“la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas*

*personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*”<sup>121</sup>.

La definición de la desaparición forzada como hecho ilícito internacional cumple una finalidad diferente a una definición de carácter penal nacional o internacional. En el primer supuesto, la definición está relacionada con la responsabilidad internacional del Estado, mientras que en el segundo se vincula con la responsabilidad penal de las personas<sup>122</sup>. Este matiz debe tenerse a la vista a la hora de analizar la funcionalidad y el contenido de los elementos conceptuales de la desaparición forzada. En efecto, es lógico y justificable que la responsabilidad individual por la desaparición forzada sea más estricta y exigente y que requiera la concurrencia de mayores elementos. Basta pensar al componente subjetivo de la desaparición, casi irrelevante en la determinación de la responsabilidad del Estado, pero indispensable en la configuración de la responsabilidad individual.

Tras una primera mirada a las definiciones existentes, salta a la vista que todos los instrumentos internacionales a que se ha hecho referencia ubican la desaparición en la

---

<sup>121</sup> Cabe hacer presente que de conformidad al art. 9 del ER, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, tipificados respectivamente en los arts. 6, 7 y 8 del mismo Estatuto, podrán ser interpretados y aplicados con la ayuda de los *Elementos de los Crímenes* (en adelante, EC). Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, 3 al 10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3, art. 7(1)(i).

Dichos elementos, contienen importantes explicaciones relativas a la desaparición forzada en los siguientes términos: “*Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas. Elementos. 1. Que el autor: a) Haya aprehendido, detenido, o secuestrado a una o más personas; o b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas. 2. a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad. 3. Que el autor haya sido consciente de que: a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad. 4. Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia. 5. Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo. 6. Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. 7. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 8. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo*”.

Según algunos autores, la definición del ER es un reflejo del Derecho internacional consuetudinario previamente existente sobre la desaparición forzada. Cfr. FINUCANE, op. cit., p. 172; GIORGOU, “State Involvement in the Perpetration of Enforced Disappearance and the Rome Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, Issue 5, December 2013, p. 1009.

<sup>122</sup> MCCRORY, op. cit., p. 551; RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 334.

parte dispositiva del texto, a excepción de la DPPDF, que la sitúa en el Preámbulo. Esta excepción no es fruto del azar, sino que refleja el triunfo de una postura que durante los trabajos preparatorios se mostró renuente a la incorporación de la definición en el articulado de este instrumento internacional. Éste no fue el único problema objeto de discusión durante la preparación de la Declaración, ya que se tardó mucho en alcanzar un consenso sobre los términos de la definición. No se trataba de una cuestión baladí, ya que un concepto demasiado estricto podía limitar excesivamente las atribuciones del GTDFI, encargado de monitorear el cumplimiento de la Declaración<sup>123</sup>.

Para superar estas trabas, se optó por una solución de compromiso, incorporándose la definición en su lugar actual y calificándola como una definición de trabajo (*working description*). RODLEY y POLLARD destacan que la incorporación de esta definición fue positiva, pese a su ubicación en el Preámbulo, ya que contribuyó a identificar la esencia de la desaparición y sirvió como un punto de partida para dotar de contenido a las obligaciones internacionales relacionadas con esta práctica<sup>124</sup>. De todas formas y sin quitarle la razón a estos autores, considero que la ubicación de la definición en la parte dispositiva del texto es la técnica codificadora más adecuada, porque sorteando eventuales argumentos que intentan negar fuerza jurídica a las disposiciones del Preámbulo.

Tal como se ha comentado anteriormente, la desaparición forzada es un fenómeno que posee una naturaleza extremadamente compleja, porque su ejecución debe llevarse a efecto en diferentes etapas que se desarrollan durante un lapso considerable de tiempo y en las que suelen participar diversas personas desempeñando papeles diferentes, pero con un propósito delictivo común. De hecho, los EC reconocen explícitamente la complejidad de la desaparición forzada<sup>125</sup>.

De algún modo, la complejidad tiene incidencia en la identificación de los elementos constitutivos del concepto de desaparición forzada. En términos generales, se sostiene tales elementos son tres; a saber:

1. La privación de libertad.
2. La denegación de información.

---

<sup>123</sup> BRODY/GONZÁLEZ, op. cit., p. 376.

<sup>124</sup> RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 333 y n. 13.

<sup>125</sup> EC, cit., art. 7(1)(i), elemento 3, n. 23 y 27.

### 3. El sujeto activo.

Existe cierta discordia acerca de un eventual cuarto elemento, que consiste en la sustracción a la protección de la ley. Si bien los argumentos de las diferentes posturas acerca de la naturaleza jurídica de este elemento serán expuestos más adelante, cabe adelantar que la doctrina mayoritaria considera que la sustracción a la protección a la ley no es un elemento conceptual de la desaparición, sino una consecuencia que surge de los elementos anteriores<sup>126</sup>.

Pues bien, la definición de la desaparición forzada ha conseguido un carácter consuetudinario en el Derecho internacional y ha adquirido una importancia capital para la comprensión de este ilícito y para la interpretación de las disposiciones que se refieren al mismo<sup>127</sup>. A continuación se procederá al análisis minucioso de cada uno de estos elementos, realizando un estudio comparado en atención a las definiciones de la desaparición forzada consagrada en los diversos instrumentos internacionales antes reseñados.

## 1. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

La privación de libertad es una conducta central de la desaparición forzada, ya que con ella se inicia la ejecución de este ilícito<sup>128</sup>. A continuación se analizará cómo ha sido incorporada esta conducta en las diversas definiciones internacionales de la desaparición. Asimismo, se reflexionará si la ilegalidad de la privación de la libertad es un requisito indispensable para la existencia de este crimen.

### 1.1. La privación de libertad en las definiciones internacionales de desaparición forzada

---

<sup>126</sup> Vid. los trabajos preparatorios de la CIPPDF: CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 33: “*la definición de las desapariciones forzadas debía contener por lo menos tres elementos constitutivos*”.

<sup>127</sup> GIORGOU, op. cit., p. 1006. Cfr. CORTE SUPREMA DE NEPAL, *Rabindra Prasad Dhakal...*, cit., pp. 315-319.

<sup>128</sup> MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. “El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS, Kai/ MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 202.

Para la configuración de la desaparición forzada la privación de libertad puede ser realizada de cualquier manera. Esto significa que no es necesaria una modalidad específica de comisión de esta conducta. Sólo se requiere que la víctima sea privada de su libertad<sup>129</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, durante la preparación de los instrumentos internacionales sobre la desaparición, se ha discutido sobre la mejor redacción para expresar esta cuestión en la definición. Se barajaban tres alternativas. La primera consistía en incorporar una cláusula genérica con un contenido semántico capaz de englobar toda forma de privación de libertad. Un buen ejemplo de esta propuesta es la fórmula empleada por la definición de la CIDFP: “*privación de libertad cualquiera fuere su forma*”.

Una segunda alternativa consistía en enunciar una lista exhaustiva de conductas privativas de libertad. Esta metodología fue empleada en la definición del ER, que enuncia tres tipos de acciones que privan de libertad a una persona: el arresto, la detención y el secuestro.

Una tercera alternativa estribaba en la elaboración de una lista no exhaustiva de conductas privativas de libertad que enunciare a modo de ejemplo algunas categorías clásicas de actos privativos de libertad, para luego agregar una expresión genérica que consagre un *numerus apertus*. Esta es la opción escogida por la DPPDF (“*se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma*”) y la CIPPDF (“*el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad*”).

Las dos primeras modalidades fueron criticadas. La primera por ser imprecisa y vaga y la segunda por pretenciosa e ingenua, dada la imposibilidad de elaborar una lista completa de conductas que comprenda todos los actos posibles de privación de libertad<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Cfr. OTT, op. cit., pp. 17 y 21; SCOVAZZI/CITRONI, cit., p. 272. En la jurisprudencia de la CorteIDH se ha hecho referencia a esta cuestión en las siguientes sentencias: *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 105; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 192.

<sup>130</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 20; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 19.

Ahora bien, habiéndose optado por la tercera alternativa de redacción, se debatió sobre las conductas que debían ser incorporadas a modo de ejemplo. Los términos propuestos fueron muchos, pero en definitiva las conductas que quedaron consagradas en la definición fueron el arresto<sup>131</sup>, la detención<sup>132</sup> y el secuestro<sup>133</sup>.

AMBOS y BÖHM sugieren interpretar estas conductas de conformidad con el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, un instrumento de *soft law* plasmado en una resolución de la AG<sup>134</sup>. La interpretación de este instrumento debe ser amplia, dado que su objetivo es establecer pautas orientativas para la protección de todas las personas privadas de libertad. En ese sentido, la actividad hermenéutica sobre la identificación del contenido de las conductas privativas de libertad de la desaparición debe guiarse por el mismo espíritu.

Según el *Conjunto de principios*, “arresto” es el acto de aprehender una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por un acto de autoridad. En cambio, “detención” es la condición de toda persona detenida, esto es, una persona privada de libertad personal, salvo las situaciones en que la privación sea el resultado de una condena impuesta por la comisión de un delito<sup>135</sup>. A su vez, los EC aclaran que el acto de la detención incluye los supuestos en que el autor mantiene una privación de libertad preexistente<sup>136</sup>.

Ahora bien, el *Conjunto de principios* no define el secuestro, de modo que es necesario recurrir a otras fuentes. El secuestro no ha recibido un tratamiento sistemático en el Derecho internacional público, con lo cual no abundan los instrumentos

---

<sup>131</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 19.

<sup>132</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 36; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 20; la misma, *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 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 (10 de marzo de 2005), párr. 19.

<sup>133</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 19. Otros términos descartados fueron “encarcelamiento”, “raptó”, “internamiento” y “reclusión”. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 36; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 20.

<sup>134</sup> Vid. *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, res. 43/173 de la AG, 9 de diciembre de 1988. Cfr. AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 232.

<sup>135</sup> *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, cit., “Uso de los términos”, a), b) y d).

<sup>136</sup> EC, cit., art. 7(1)(i), elemento 1(a), n. 25.

internacionales sobre el t3pico. El 3nico instrumento que contiene una definici3n general es la resoluci3n 2002/16 del ECOSOC, sobre la cooperaci3n en la prevenci3n, combate y eliminaci3n del secuestro y la prestaci3n de asistencia a las v3ctimas. De acuerdo con esta resoluci3n, el secuestro consiste en “*detener il3citamente a una persona o personas en contra de su voluntad, con la finalidad de exigir por su liberaci3n un provecho il3cito o cualquier utilidad de tipo econ3mico u otro beneficio de orden material, o a fin de obligar a alguien a que hiciera o dejara de hacer algo*”<sup>137</sup>.

En ese orden de ideas, tiene raz3n HALL, cuando en su comentario sobre la definici3n de desaparici3n del ER, argumenta que el t3rmino “secuestro” es capaz de cubrir cualquier tipo de conducta no cubierta por los otros dos t3rminos. En efecto, el secuestro es un hecho il3cito, a diferencia del arresto y la detenci3n, que son actos cuyo cumplimiento debe respetar un conjunto de exigencias jur3dicas formales y materiales. Por lo tanto, cualquier tipo de privaci3n de libertad que no pueda ser calificada de arresto o detenci3n, puede quedar enmarcada en una concepci3n amplia de secuestro<sup>138</sup>.

Habi3ndose analizado el debate sobre la mejor forma de incorporar la privaci3n de libertad en la definici3n de la desaparici3n forzada, puede concluirse que la f3rmula escogida por la CIPPDF es la m3s adecuada. Por una parte, la enumeraci3n de algunas conductas ejemplificativas permite superar la vaguedad de una cl3usula gen3rica. Por otra parte, la preferencia por una lista no exhaustiva de conductas evita que se realicen interpretaciones demasiado estrictas.

## **1.2. La ilegalidad de la detenci3n y su configuraci3n temporal**

La ilegalidad de la privaci3n de libertad es un requisito imprescindible para que esta conducta pueda ser considerada un elemento constitutivo de la desaparici3n

---

<sup>137</sup> ECOSOC, res. 2002/16, *International cooperation in the prevention, combating and elimination of kidnapping and in providing assistance for the victims*, 24 de julio de 2002, p3rr. 1: “*unlawfully detaining a person or persons against their will for the purpose of demanding for their liberation an illicit gain or any other economic gain or other material benefit, or in order to oblige someone to do or not do something*”. Las diferencias entre la desaparici3n forzada y el secuestro se abordan en el Cap3tulo III, § 2.

<sup>138</sup> HALL, Christopher K. “Article 7. Crimes against humanity. Para. 2(i). Enforced Disappearance of Persons”, en TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article* (1999). 2ª ed. M3nchen-Oxford-Baden: C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 269 y n. 578.



forzada. Sin embargo, es necesario profundizar sobre algunas cuestiones relacionadas con el contenido de la ilegalidad y el momento en que ésta debe configurarse.

La ilegalidad de la detención como elemento conceptual de la desaparición forzada ha sido tratada en la práctica del HRC y la ComisiónIDH. Ambos órganos han explicado que el carácter ilegal de la detención puede deberse a razones formales o materiales y sugieren una interpretación amplia que no se limite a la constatación de infracciones estrictamente ilegales, sino que también preste atención a las actuaciones que impliquen una irregularidad, abuso o injusticia<sup>139</sup>.

En los trabajos preparatorios de la CIPPDF, muchas delegaciones consideraban que la ilegalidad debía configurarse *ab initio*, esto es, desde el momento en que principia la privación de libertad. De acuerdo con esta posición, en toda desaparición el despojo de la libertad de la víctima debe iniciarse al margen de la legalidad. Por lo tanto, sería necesario hacer mención expresa de esta peculiar característica de la privación de libertad en la definición de la desaparición. Sin embargo, la propuesta fue desechada, ya que en la práctica de la desaparición es posible que una privación de libertad se inicie cumpliendo con las garantías prescritas por el ordenamiento jurídico, pero tornándose ilegal en un momento posterior, específicamente, cuando se deniega la información sobre el destino y paradero de la víctima<sup>140</sup>. En este último supuesto, la privación de libertad no está revestida de ilegalidad desde el momento mismo en que principia, sino a partir de un momento posterior, esto es, desde que se infringen las garantías procesales del detenido o preso mediante el ocultamiento o la denegación de la información a su respecto<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Cfr. ComisiónIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela*. Casos 12.256 (Oscar José Blanco Romero), 12.258 (Roberto Javier Hernández Paz) y 12.307 (José Francisco Rivas Fernández), 30 de junio de 2004, párr. 96; la misma, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso María Tiu Tojín y Josefa Tiu Tojín, caso 10.686, contra la República de Guatemala*, 29 de julio de 2007, párr. 120-121; la misma, *Luis Lizardo Cabrera-República Dominicana*, Informe N° 35/96, Caso n° 10.832, 19 de febrero de 1998, párr. 66; HRC, *A vs. Australia*, comunicación n° 560/1993, 3 de abril 1997, párr. 9.2.

<sup>140</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 21; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 20, planteando la hipótesis de una privación de libertad aparentemente legal, pero “*motivada por una intención ilegal*”. La expresión no es de las más felices, porque entremezcla cuestiones objetivas vinculadas con la descripción de la conducta y cuestiones subjetivas relativas a la intencionalidad de los autores. A mi juicio, esta hipótesis es reconducible al caso explicado en el cuerpo del texto, esto es, una privación de libertad iniciada legalmente, pero que luego se reviste de ilegalidad.

<sup>141</sup> ESPOSITO, Andreana/GENTILE, Gianluca/TRASPASSO, Maria Teresa. “I crimini contro l’umanità”, en LATTANZI, Giorgio/MONETTI, Vito (coord.). *La Corte Penale Internazionale*. Organi-

La confusión se produce porque suele pensarse que en la desaparición forzada la ilegalidad de la privación de libertad surge cuando la víctima viene arrestada, detenida o secuestrada. Sin embargo, en términos normativos debe tenerse en cuenta que la privación de libertad tiene una duración temporal que se prolonga mientras el detenido permanezca despojado de su libertad personal. Por ende, es posible que la ilegalidad de la detención se produzca en el momento mismo en que principia la privación de libertad –por ejemplo, porque los agentes carecían de una orden judicial para la aprehensión o porque ésta última no estaba fundada en un motivo legal– o en un momento posterior, cuando se oculta o la deniega la información sobre el detenido.

Sin perjuicio de esta precisión, es importante subrayar que para la existencia de una desaparición forzada es imprescindible que la privación de libertad sea ilegal, siendo irrelevante el momento en que surja dicha ilegalidad<sup>142</sup>. Esta cuestión ha sido recalcada por la CorteIDH en las sentencias *Blanco Romero y otros vs. Venezuela y Heliodoro Portugal vs. Panamá*<sup>143</sup> y por el GTDFI en su *Comentario general sobre la definición de desaparición forzada*<sup>144</sup>.

## 2. LA DENEGACIÓN DE INFORMACIÓN

La denegación de información es la conducta que integra la segunda fase de la desaparición forzada y consiste en la negativa u ocultamiento de la privación de libertad o de la información sobre la suerte y el paradero de la víctima. Se trata un acto esencial de la desaparición forzada, porque permite diferenciarla de otros crímenes, tales como el

---

Competenza-Reati-Processo. Milano: Giuffré Editore, 2006, pp. 718-719. En el mismo sentido EC, cit., art. 7(1)(i), elemento 1(a), n. 26, al prescribir que “*en determinadas circunstancias, la aprehensión o la detención pudieron haber sido legales*”.

<sup>142</sup> Cfr. MODOLELL GONZÁLEZ, “La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos”, en AMBOS, Kai/CORREA, Juliana (coords.). *Desapariciones forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis, 2009, p. 188; el mismo, “El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 202-203, quien distingue una ilegalidad previa de una ilegalidad concurrente. Entiendo, que la primera se produciría con el inicio de la privación de la libertad, mientras que la segunda, en un momento posterior. En contra de la conclusión esgrimida en el cuerpo, vid. MEINI, Iván. “Perú”, en AMBOS/CORREA (coords.), *Desapariciones forzada de personas*, cit., p. 119.

<sup>143</sup> Cfr. CorteIDH, *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, cit., párr. 105; la misma, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 191-192.

<sup>144</sup> GTDFI. *Comentario general sobre la definición de desaparición forzada*, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008), pp. 12-14, párr. 7.

secuestro o la detención arbitraria<sup>145</sup>. A continuación, se reflexionará sobre el significado de esta conducta, aclarándose en que consiste y el contenido de la información objeto de denegación. Asimismo, se realizará un paralelo entre la denegación de información como elemento conceptual de la desaparición forzada y el deber de información como obligación internacional del Estado. Esta sección del capítulo concluirá con la explicación de los problemas temporales inherentes a la configuración de la conducta denegatoria de información.

## 2.1. El contenido de denegación de información

Según GALAIN PALERMO esta conducta vulnera el mandato o deber de proporcionar información a las personas interesadas, mandato o deber que tiene la finalidad de evitar la desaparición forzada de las personas privadas de libertad<sup>146</sup>. Por lo tanto, el cumplimiento de este deber mediante la entrega de la información sobre la situación de las personas privadas de libertad imposibilita o dificulta que ellas sean sometidas a desaparición forzada.

En la práctica, la denegación de información puede ser cometida de diferentes maneras, mediante una acción o una omisión<sup>147</sup>. Por ejemplo, la autoridad puede negar la información, evitando reconocer la existencia de determinados hechos o alegando un desconocimiento sobre los mismos. En otras palabras, mediante la negación de la información se desconoce que la víctima haya sido privada de libertad o que se poseen antecedentes sobre su situación. También es posible que la autoridad oculte intencionadamente la información, esto es, que la esconda impidiendo a los interesados su obtención y conocimiento. Finalmente, la autoridad puede destruir las fuentes de la

---

<sup>145</sup> Cfr. ESPOSITO/GENTILE/TRASPASSO, op. cit., p. 719; LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Colombia”, en AMBOS/CORREA (coords.), *Desapariciones forzada de personas*, cit., p. 90; ROBINSON, op. cit., p. 264. La jurisprudencia de la CorteIDH así lo ha señalado en *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párr. 198 y *Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 103.

<sup>146</sup> GALAIN PALERMO, Pablo. “Uruguay”, en AMBOS/CORREA (coords.), *Desapariciones forzada de personas*, cit., p. 149.

<sup>147</sup> ANDREU-GUZMÁN, “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, *The Review (International Commission of Jurists)*, n° 62-63, septiembre 2001, p. 82.

información o entregar a los interesados información falsa o tergiversada. En todas estas hipótesis se configura la conducta denegatoria de información<sup>148</sup>.

De acuerdo con las definiciones consagradas en los instrumentos internacionales sobre la desaparición, es posible concluir que la denegación de información es una conducta cronológicamente posterior a la privación de libertad<sup>149</sup>.

Ahora bien, es muy importante dilucidar cuál es el contenido exacto de la información que debe ser proporcionada a los interesados, aclarando a qué hechos específicos debe referirse. Las definiciones internacionales exigen que se proporcione información sobre la privación de libertad, la suerte y el paradero de la persona desaparecida. Por lo tanto, las autoridades competentes deben aclarar si la persona cuya información se busca ha sido privada de libertad. A su vez, deben especificar el paradero, esto es, la ubicación exacta del lugar en que se encuentra la persona privada de libertad<sup>150</sup>. Respecto a la noción de destino, existe cierta confusión. En principio, debe informarse si la persona está viva o muerta<sup>151</sup>. Además, si la víctima ha muerto debe proporcionarse información sobre la localización de sus restos mortales<sup>152</sup>. La omisión de la información sobre el estado de salud de la víctima no es trascendente para la valoración de la conducta denegatoria, porque sería excesivo concluir que se ha configurado un supuesto de desaparición forzada si la única información que no se ha proporcionado es la relativa al estado de salud<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> Cfr. Íd, p. 82; PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 19; WERLE, op. cit., p. 530. En los casos de desapariciones forzadas es frecuente que la autoridad niegue la privación de libertad o entregue una información falseada sobre el destino o paradero de la persona desaparecida para despistar a quienes estén buscando antecedentes. Por ejemplo, en el caso del TEDH, *Kurt vs. Turkey*, judgment, (15/1997/799/1002), 25 de mayo de 1998, párrs. 16-18, las autoridades informaron que la persona desaparecida había sido secuestrada por miembros del Partido de Trabajadores del Kurdistán (en adelante, PKK). En el caso del HRC, *Yasoda Sharma vs. Nepal*, comunicación n° 1469/2006, 28 de octubre de 2008, párr. 7.6, se informó a los familiares que la persona desaparecida se había ahogado en un río mientras escapaba de un operativo de seguridad. En otro caso del HRC, *Zohra Madoui vs. Algeria*, comunicación n° 1495/2006, 28 de octubre de 2008, párr. 7.4, se comunicó que los problemas psiquiátricos de la persona desaparecida le habían impulsado a abandonar su hogar.

<sup>149</sup> Todos los instrumentos internacionales, en efecto, utilizan la expresión “seguida de”, salvo la DPPDF, que utiliza el sintagma “y que luego”. Los EC, cit., elemento 2(a) y (b), art. 7(1)(i), explicitan claramente que se trata de una conducta posterior a la privación de libertad.

<sup>150</sup> ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE (APT). *Incommunicado, Unacknowledged and Secret Detention under International Law* [En línea], 2 de marzo de 2006. Disponible en <[http://www.apt.ch/content/files/res/secret\\_detention\\_apt1-1.pdf](http://www.apt.ch/content/files/res/secret_detention_apt1-1.pdf)>. [Consulta: 11 de julio de 2014], p. 10

<sup>151</sup> Íbid.

<sup>152</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 177.

<sup>153</sup> Íbid.

PÉREZ SOLLA argumenta que el contenido esencial de la información se refiere al paradero y el destino de la persona desaparecida. En efecto, la negación de que la persona haya sido privada de libertad, conlleva como consecuencia la denegación de información sobre el paradero y el destino de la víctima. Sin embargo, puede darse la hipótesis en que la autoridad reconoce la privación de libertad de la víctima. En ese caso, para que se configure la conducta denegatoria es indispensable que se niegue la información sobre el paradero y el destino. Por ende, no siempre se impide la comisión de la desaparición mediante el simple reconocimiento de la privación de libertad, ya que en esos casos habrá desaparición si se niega la información sobre el destino y el paradero de la víctima<sup>154</sup>.

Pasando a otra cuestión, la doctrina mayoritaria asume que no es necesario ningún tipo de requerimiento o emplazamiento previo a la conducta denegatoria de información. Por ende, no es indispensable que el autor de la conducta denegatoria reciba alguna petición que motive, exija, requiera, solicite o induzca el cumplimiento de su deber de proporcionar información sobre la persona desaparecida<sup>155</sup>. Sin embargo, en los hechos es común que los familiares y otros interesados realicen todo tipo de gestión ante las autoridades para intentar recabar cualquier tipo de antecedentes sobre el desaparecido. Pues bien, si tales gestiones no se realizaren –piénsese en un contexto en que los familiares tienen temor a represalias o han sufrido amenazas– la denegación de información se configura de todos modos.

## **2.2. La denegación de información como elemento conceptual de la desaparición forzada y el deber de información como obligación internacional del Estado: similitudes y diferencias**

Ahora bien, el artículo 18 de la CIPPDF impone a los Estados la obligación internacional de información en beneficio de los familiares del desaparecido y otras personas interesadas. La norma específica el contenido de esa información indicando

---

<sup>154</sup> PÉREZ SOLLA, op. cit., pp. 13 y 19

<sup>155</sup> Cfr. MEINI, op. cit., p. 122; AMBOS/BÖHM, op. cit., pp. 233-234, refiriéndose a la tipificación de la desaparición forzada en Alemania, que sí exige un requerimiento. Sobre la tipificación alemana, vid. también AMBOS, “Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional”, en *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2005, pp. 299-358. En contra, WERLE, op. cit., p. 531, defendiendo la necesidad de requerimiento.

que “cada Estado Parte garantizará a toda persona con un interés legítimo en esa información, por ejemplo los allegados de la persona privada de libertad, su representante o abogado, el acceso, como mínimo, a las informaciones siguientes: a) La autoridad que decidió la privación de libertad; b) La fecha, la hora y el lugar en que la persona fue privada de libertad y admitida en un lugar de privación de libertad; c) La autoridad que controla la privación de libertad; d) El lugar donde se encuentra la persona privada de libertad y, en caso de traslado hacia otro lugar de privación de libertad, el destino y la autoridad responsable del traslado; e) La fecha, la hora y el lugar de la liberación; f) Los elementos relativos al estado de salud 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”.

La obligación internacional de proporcionar información no debe confundirse con la conducta denegatoria de información como elemento conceptual de la desaparición forzada de personas. El contenido y la naturaleza de cada una de estas instituciones son diferentes. La obligación de información tiene un contenido más amplio, que se detalla en el artículo 18. En cambio, la conducta denegatoria de información tiene un contenido más acotado y se refiere a la privación de libertad, la suerte y el paradero de la persona desaparecida en los términos antes descritos.

La obligación de información tiene una finalidad preventiva y debe ser objeto de cumplimiento por parte de los Estados. Desde ese punto de vista, es adecuado que la Convención Internacional haya sido específica en detallar la información que debe ser proporcionada a los interesados. Sin embargo, si en un supuesto de hecho no se otorga información sobre alguna de las cuestiones enumeradas en el artículo 18, no se configura automáticamente la conducta denegatoria de la desaparición forzada. Por ejemplo, si la única información no proporcionada fuere la identidad de la autoridad que ha practicado la detención, sería exagerado concluir que se ha cometido una desaparición.

Una cosa es la obligación internacional de proporcionar información como una medida de prevención de la desaparición forzada y otra cosa es la conducta denegatoria de información como elemento conceptual de este crimen. Se trata de una diferenciación muy importante para efectos prácticos. Por ejemplo, el artículo 20(1) de la CIPPDF permite un cumplimiento limitado de la obligación de información en ciertos

supuestos especiales y siempre que se cumplan algunos criterios normativos<sup>156</sup>. Por lo tanto, la obligación internacional de información puede ser incumplida en ciertos casos excepcionales. Sin embargo, estas limitaciones no pueden regir respecto de la conducta denegatoria de información, porque de lo contrario se estaría limitando el derecho de toda persona a no ser objeto de una desaparición, derecho que posee un carácter absoluto y que no puede ser suspendido o limitado en ningún caso<sup>157</sup>. Por ende, incluso en situaciones excepcionales el Estado debe proporcionar a la brevedad una información mínima a los interesados, que se refiera a la privación de libertad, la suerte y el paradero de la persona desaparecida.

### **2.3. La configuración temporal de la denegación de información**

Ahora bien, una cuestión problemática es identificar el momento en que se comete la conducta denegatoria. AMBOS y BÖHM señalan que la información debe ser otorgada “*sin demora culpable*”<sup>158</sup>. Pero ¿qué debe entenderse por esto? Según los autores citados debe tomarse como parámetro el plazo establecido para dar cumplimiento al derecho de todo detenido a ser llevado sin demora ante un juez. Generalmente, los ordenamientos jurídicos nacionales establecen plazos para el cumplimiento de esta garantía procesal, con lo cual puede inferirse que el deber de información debe ser satisfecho dentro de esos plazos. Si el ordenamiento jurídico nacional nada dice al respecto, habrá que recurrir a la regulación internacional de este derecho. De acuerdo con la interpretación de estos autores, las fuentes internacionales indican que el plazo máximo no puede superar en ningún caso las cuarenta y ocho horas contadas desde el momento de la detención<sup>159</sup>.

En general, el derecho a ser llevado sin demora ante un juez está plasmado en los más importantes tratados internacionales de derechos humanos, pero en ninguno de ellos se establece un plazo exacto dentro del que debe ser ejercido. Para indicar el plazo de cumplimiento, estos tratados emplean expresiones genéricas, tales como “*sin*

---

<sup>156</sup> Vid. Capítulo IV, § 3.4.2.

<sup>157</sup> Íd., § 3.2.

<sup>158</sup> AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 233 y n. 146.

<sup>159</sup> Íd., p. 248 y n. 208.

dilación” o “sin demora”<sup>160</sup>. Por ende, cabe preguntarse por qué estos autores interpretan que el plazo máximo de cumplimiento es de cuarenta y ocho horas.

AMBOS y BÖHM recurren a diversas fuentes para defender su tesis. Citan un estudio de Derecho comparado que analiza la duración del plazo en los países de América Latina, concluyendo que el plazo es relativamente breve, siendo el más extenso de 48 horas<sup>161</sup>. También hacen referencia a la práctica del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante, CPT), según la cual el plazo para notificar la detención no debe superar las cuarenta y ocho horas<sup>162</sup>. También aluden a la sentencia *Brannigan and McBride vs. Reino Unido*, aunque en esta sentencia el TEDH estimó que el Estado tenía un margen de apreciación que lo eximía de responsabilidad por la suspensión del derecho a ser llevado sin demora

---

<sup>160</sup> Entre los instrumentos internacionales sobre desaparición forzada, el derecho a ser llevado sin demora ante un juez está contemplado en la DPPDF, cit., art. 10.1 y la CIDFP, cit., art. XI. Además, este derecho está consagrado en los siguientes tratados de derechos humanos: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (en adelante, PIDCP), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la res. 2200 A (XXI) de la AG, 16 de diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, UNTS, vol. 999, p. 171, art. 9(3); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante, CADH), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, arts. 5(1)(c) y 5(3); *Arab Charter on Human Rights* (en adelante, ACHR), League of Arab States, 22 de mayo de 2004, entrada en vigencia el 15 de marzo de 2008, art. 8. Por su parte, el ER, cit., art. 59.2, lo contempla como una garantía procesal del procedimiento ante la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI). Vid. también el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, cit., principio 11.1. La *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos* (Carta de Banjul) (en adelante, CADHP), aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenia, entrada en vigencia el 21 de octubre de 1987, no hace referencia a este derecho, pero la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, ACHPR), lo ha incorporado en algunos instrumentos de *soft law*; a saber: *Resolution on Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa* (en adelante, *Robben Island Guidelines*), aprobada por la res. 61(XXXII)02 de la ACHPR, Banjul, Gambia, 17 al 23 de octubre de 2002, regla n° 27; *Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial*, aprobada por la res. 4(XI)92, de la ACHPR, Túnez, República Tunecina, 2 al 9 de marzo de 1992, párr. 2(c); *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, Túnez, República Tunecina, 24 de octubre de 2011, principios M(3) y (4).

<sup>161</sup> El estudio es de MALARINO, Ezequiel. “La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos: un resumen comparativo”, en AMBOS, Kai/GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/VOGLER, Richard (ed.), *La policía en los estados de Derecho latinoamericanos*. Un proyecto internacional de investigación. Bogotá/Medellín: Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 618, n. 168. Cabe señalar que el art. 10.1 de la DPPDF hace un reenvío al Derecho nacional.

<sup>162</sup> Vid. los siguientes informes del CPT: *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 22 November to 4 December 1998*, CPT/Inf. (2000) 5, 13 de abril de 2000, párrs. 22-23; *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 22 to 26 July 2001*, CPT/Inf. (2003) 30, 13 de marzo de 2003, párrs. 13-14. Sin embargo, el derecho a ser notificado de la detención, técnicamente, no equivale al derecho a ser llevado sin demora ante un juez.



ante un juez. En opinión del Tribunal, la suspensión temporal en el cumplimiento de este derecho era justificada, porque los delitos imputados a los acusados eran de carácter terrorista<sup>163</sup>.

Si bien la anterior no es una buena sentencia para confirmar la tesis de estos autores, hay otras sentencias del TEDH sobre el tema. Por ejemplo, la recaída en el caso *Brogan and others vs. Reino Unido*, enfrentaba un contexto similar a la sentencia anterior, aunque esta vez el TEDH consideró vulnerado el derecho a ser llevado sin demora ante un juez, porque había transcurrido un plazo de cuatro días y seis horas sin que se hiciera efectivo<sup>164</sup>. Esta sentencia ha servido como un referente para jurisprudencia posterior<sup>165</sup>. En el caso *McKay vs. Reino Unido*, el TEDH sostuvo que el detenido debe ser llevado ante un juez antes del transcurso de cuatro días contados desde la detención<sup>166</sup>. Para CASADEVALL, el plazo de cuatro días es el plazo límite consolidado en la jurisprudencia de Estrasburgo, sin perjuicio de algunos ordenamientos nacionales sometidos al sistema europeo contemplen un plazo inferior, que en general fluctúa entre 24 y 48 horas<sup>167</sup>.

Por su parte, el HRC ha sostenido que el plazo no puede exceder unos pocos días, aunque su exacta determinación debe realizarse caso a caso<sup>168</sup>. Una posición similar es la que ha seguido el GTDFI en sus *Observaciones Generales sobre el artículo*

---

<sup>163</sup> TEDH. *Brannigan and McBride vs. The United Kingdom*, judgment, application no. 14553/89; 14554/89, 25 de mayo de 1993, párrs. 55-60.

<sup>164</sup> TEDH. Plenary. *Brogan and others vs. The United Kingdom*, judgment, application no. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29 de noviembre de 1988, párrs. 55-62.

<sup>165</sup> En las siguientes sentencias el TEDH declaró vulnerado el derecho de llevar sin demora ante un juez, citando siempre como referencia, la sentencia *Brogan and others vs. Reino Unido*. Cfr. *Pantea vs. Romania*, judgment, application no. 33343/96, 3 June 2003, párrs. 241-243; *Süleyman Yildirim vs. Turkey*, judgment, application no. 40518/98, 29 de julio de 2004, párr. 31; Grand Chamber (en adelante, GC). *Ócalan vs. Turkey*, judgment, application no. 46221/99, 12 de mayo de 2005, párrs. 104-105. El caso *Brogan and others vs. Reino Unido*, también ha sido citado por la Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n° 52, párrs. 108-110.

<sup>166</sup> TEDH. GC. *McKay vs. The United Kingdom*, application no. 543/03, judgment, 3 de octubre de 2006, párr. 47.

<sup>167</sup> CASADEVALL, Josep. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 257-258.

<sup>168</sup> Cfr. la siguiente práctica del HRC: *Observación General n° 8*. Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9), en ONU. *Instrumentos internacionales de derechos humanos*. 2 Vols. Volumen I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) (27 de mayo de 2008), p. 213, párr. 2; *Stephens vs. Jamaica*, comunicación n° 373/1989, 18 de octubre de 1995, párr. 9.6; *McLawrence vs. Jamaica*, comunicación n° 702/1996, 18 de julio de 1997, párr. 5.6. Refiriéndose al Derecho interno alemán, el HRC consideró que el plazo de 48 horas era demasiado extenso. Vid. AG. *Informe del Comité de derechos Humanos*. Vol. I. A/45/40 (4 de octubre de 1990), párr. 333.

10 de la Declaración<sup>169</sup>. Finalmente, en el sistema interamericano, la CorteIDH ha tomado en consideración los plazos que fijan los ordenamientos nacionales<sup>170</sup>.

Por lo tanto, a la luz de las anteriores explicaciones puede concluirse que el parámetro temporal para el ejercicio del derecho a ser llevado sin demora ante un juez viene fijado por la legislación nacional. Sin embargo, pueden haber casos en que el Derecho interno no regule este plazo, siendo necesario recurrir a las fuentes internacionales. En segundo lugar, no existe unanimidad en la práctica internacional sobre la cuantía del plazo para el ejercicio de este derecho, aunque todos los órganos internacionales concluyen que debe tratarse de un plazo breve<sup>171</sup>. El TEDH se ha referido a un parámetro temporal preciso, considerando que el derecho se vulnera si se supera el plazo de cuatro días. Sin embargo, parece ser un plazo demasiado prolongado, siendo más razonable el plazo de cuarenta y ocho horas propuesto por AMBOS y BÖHM. En tercer y último lugar, es necesario que los ordenamientos nacionales regulen expresamente esta cuestión y fijen un plazo relativamente breve, porque de lo contrario podrían incurrir en infracciones a sus obligaciones internacionales.

### 3. EL SUJETO ACTIVO

Sin lugar a dudas, el tema del sujeto activo ha sido y sigue siendo objeto de una encendida polémica en la reflexión jurídica sobre la desaparición forzada. Las primeras conceptualizaciones de la desaparición consideraban que se trataba de delito estatal, es decir, un delito cuyo sujeto activo podía ser solamente un agente del Estado. En general, si se pasa revista a la práctica de la desaparición forzada en sus orígenes –por ejemplo, en la Unión Soviética, durante el régimen Nazi o en las dictaduras latinoamericanas– es posible constatar que el Estado está detrás de las desapariciones. Sin embargo, durante

---

<sup>169</sup> GTDFI, *Observaciones Generales sobre el artículo 10 de la Declaración*, cit., párr. 29.

<sup>170</sup> Vid., por ejemplo, CorteIDH, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n° 63, párr. 133. Cfr. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego/MARTIN, Claudia. *The Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Inter-American Human Rights System. A Handbook for Victims and their Advocates*. Ginebra: World Organization against Torture (OMCT), 2006, p. 126.

<sup>171</sup> Cfr. AI. *Juicios Justos*. Manual de Amnistía Internacional. Edición y traducción a cargo de Editorial de Amnistía Internacional (EDAI). Londres: Amnesty International Publications, 1998, pp. 84-85; ANDREU-GUZMÁN, “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, cit., p. 85; ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE, op. cit., pp. 11, 15 y 17, sosteniéndose que el plazo puede superar una semana o dos, sin mayores precisiones y sin citar las fuentes que fundamentan esta conclusión; RODLEY/POLLARD, op. cit., pp. 450 y 458.

las últimas décadas se ha comenzado a prestar atención a las desapariciones cometidas por agentes no estatales, principalmente en el marco de conflictos armados no internacionales. El nuevo rostro de estos conflictos, el auge de un terrorismo global y las nuevas facetas de la criminalidad organizada, han puesto sobre la mesa de debate la posibilidad de que los agentes no estatales puedan ser considerados sujetos activos de la desaparición forzada.

Entre los principales instrumentos internacionales que definen la desaparición forzada, sólo la CIPPDF y el ER se remiten a los agentes no estatales. La Convención Internacional se refiere a ellos en el artículo 3, pero utilizando un lenguaje muy ambiguo. Si bien estos agentes no quedaron incorporados en la definición de la desaparición, tampoco fueron excluidos de las disposiciones del tratado. En efecto, el artículo 3 dispone que “[l]os 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”. El ER, en cambio, ha sido un poco más claro en la regulación de los agentes no estatales, ya que el artículo 7(2)(i) explicita que la desaparición puede ser cometida por “una organización política”.

Para abordar de modo sistemático los distintos problemas relacionados con este elemento conceptual, este epígrafe comenzará por tratar la cuestión de la clasificación y definición de las diferentes clases de agentes que pueden cometer la desaparición forzada. Luego, se dará cuenta de las posiciones enfrentadas sobre el agente no estatal en los *travaux préparatoires* de la CIPPDF. Finalmente, se analizará la noción de “organización política”, incorporada en la tipificación de desaparición del ER como una categoría de sujeto activo.

### **3.1. Clasificación y conceptualización de los sujetos activos.**

Antes de abordar directamente la clasificación y definición de los sujetos activos de la desaparición, es prudente pasar revista a los instrumentos internacionales sobre desaparición forzada a fin de tener presente cómo ha sido regulado el sujeto activo en cada uno de ellos.

La definición contenida el Preámbulo de la DPPDF considera que la desaparición puede ser cometida 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*”. La CIDFP, a su vez, esgrime que el delito puede cometerse por “*agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*”. Para el ER, la desaparición puede ejecutarse “*por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia*”. Finalmente, según la definición de la desaparición contenida en la CIPPDF, el delito puede ser cometido por “*agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*”. Sin embargo, el artículo 3 de este tratado, dispone que “[l]os 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”.

El conjunto de estas referencias integran el material normativo que debe tenerse en cuenta para elaborar una conceptualización y clasificación de los sujetos activos de la desaparición forzada, cuestión que no ha sido cuidadosamente analizada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Por lo tanto, la clasificación y conceptualización que se construye y defiende en este trabajo pretende tener una base normativa.

Una primera distinción que se asumirá es la que diferencia entre agentes estatales y agentes no estatales, atendiendo a si el autor pertenece a la estructura orgánica del Estado. Si se revisan los instrumentos internacionales sobre la desaparición, es posible constatar que esta clasificación viene aceptada, explícita o implícitamente, por sus disposiciones<sup>172</sup>.

Ahora bien, entre los agentes no estatales debe realizarse una importante subclasificación que distinga entre los que tienen alguna vinculación con el Estado y los

---

<sup>172</sup> Hacen referencia al agente estatal las expresiones “*agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel*” (DPPDF); “*agentes del Estado*” (CIDPF y CIPPDF) y “*Estado*” (CIPPDF). En cambio, se remiten a los agentes no estatales los sintagmas “*grupos organizados o [...] particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento*” (DPPDF); “*personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*” (CIDPF y artículo 2 de la CIPPDF); “*organización política, o con [la] autorización, apoyo o aquiescencia [del Estado]*” (ER) y “*personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*” ( artículo 3 de la CIPPDF).

que no tienen relación alguna con el aparato estatal. El contenido de esta vinculación viene enunciado en las definiciones internacionales de la desaparición mediante los términos “autorización”, “apoyo” y “aquiescencia”<sup>173</sup>. Entonces, entre los sujetos no estatales, habrá que distinguir aquellos que mantienen un vínculo con el Estado porque actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia y aquellos que están absolutamente desvinculados del Estado, porque actúan de manera autónoma, sin que concurra autorización, apoyo o aquiescencia del Estado<sup>174</sup>.

A la primera categoría de estos agentes no estatales hacen referencia todos los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas. En cambio, los agentes no estatales “puros”, “autónomos” o “independientes” sólo son objeto de regulación en el ER, cuando se refiere a la “*organización política*” y en la CIPPDF, que destina el artículo 3 a esta clase de sujetos.

Ahora bien, en la doctrina, como se anticipaba, no se ha tratado con cuidado la cuestión de la clasificación y conceptualización del sujeto activo de la desaparición. Entre los autores que se han remitido a esta cuestión, AMBOS y BÖHM han señalado que los agentes estatales son aquellos que en su actuación se vinculan “*de alguna manera*” con el Estado<sup>175</sup>. Cabe interpretar a *contrariu sensu* que los agentes no estatales actúan sin vincularse con el Estado.

Esta clasificación merece algunas críticas. En primer lugar, incluye en la noción de agente estatal a los sujetos que, sin pertenecer a la estructura orgánica del Estado, actúan con su apoyo, autorización o aquiescencia. Sin embargo, en la clasificación que se defiende en este trabajo, esos sujetos se consideran no estatales. En segundo lugar, la noción de agente estatal elaborada por estos autores atiende a la existencia de un vínculo entre agente y Estado, pero sin especificar en qué consiste esa vinculación. Sin embargo, la clasificación que se ha preferido en este apartado se centra en un tipo específico de vínculo, que consiste en la pertenencia del sujeto a la estructura del Estado.

---

<sup>173</sup> La DPPDF emplea el término “asentimiento” en cambio de “aquiescencia”. Por otro lado, parece ser que según el ER, un agente puede actuar con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado o de una organización política.

<sup>174</sup> Generalmente, la actuación criminal de esta categoría de sujetos va de la mano con una incapacidad del Estado para contenerlos y perseguirlos. Vid., al respecto, GIORGOU, op. cit., p. 1014.

<sup>175</sup> AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 229.

Otro autor, ANDREU-GUZMÁN, concibe dos clases de agentes estatales: los directos, esto es, aquellos que forman parte de la estructura orgánica del Estado y los indirectos, es decir, particulares que actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado<sup>176</sup>. Esta clasificación también debe ser rechazada, porque en nuestra clasificación los sujetos estatales que ANDREU-GUZMÁN denomina “indirectos”, han sido considerados agentes no estatales, debido a que no pertenecen a la estructura orgánica del Estado. Además, los términos “directo” e “indirecto” no son precisos y pueden inducir a confusión. Según el diccionario de la Real Academia Española, directo es algo “[q]ue se encamina derechamente a una mira u objeto”, mientras que indirecto es algo que “[q]ue no va rectamente a un fin, aunque se encamine a él”<sup>177</sup>. Sin embargo, las dos tipologías de agentes a los que se refiere este autor, los directos y los indirectos, dirigen su comportamiento derechamente hacia la comisión de la desaparición. Se trata de una terminología que debe descartarse, no sólo porque es inadecuada e imprecisa, sino también porque podría hacer pensar erróneamente que la desaparición cometida por un agente indirecto tiene menos gravedad que la cometida por un agente directo.

Algunos autores han ensayado otras clasificaciones basándose en las características de hecho de los sujetos activos de las desapariciones forzadas. Así, HUHLE, miembro del CED, ha diferenciado las siguientes clases de sujetos: 1) sujetos que de una manera visible actúan a nombre del Estado (*partner of a state*), por ejemplo, una empresa privada de seguridad; 2) sujetos cuya vinculación con el Estado se mantiene oculta o secreta, por ejemplo, una organización paramilitar; 3) sujetos que actúan con la aquiescencia estatal; 4) grupos de oposición armada; 5) movimientos de insurrección nacional que se convierten en un Gobierno o cuasi-gobierno y grupos que ejercen *de facto* funciones estatales; 6) organizaciones criminales sin objetivos políticos y desvinculados de autoridades estatales<sup>178</sup>.

Asimismo, ALSTON, en su calidad de Relator Especial sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, focalizándose sobre la afectación del derecho a

---

<sup>176</sup> ANDREU-GUZMÁN. “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, cit., p. 82.

<sup>177</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. [En línea]. 22ª ed. Madrid, Espasa, 2001. Disponible en <<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>. [Consulta: 11 de julio de 2014]., “directo, ta”, 3ª acepción e “indirecto, ta”, 1ª acepción.

<sup>178</sup> HUHLE, Reiner. “Non-State Actors of Enforced Disappearance and the UN Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance”, *Humanitäres Völkerrecht*, vol. 26, 2013, p. 24.

la vida, en especial, sobre los asesinatos cometidos por agentes no estatales, ha distinguido cuatro clases de agentes: 1) sujetos que “*llevan a cabo sus acciones a instancias del gobierno, o con su conocimiento o aquiescencia*”, por ejemplo, “*grupos paramilitares, milicias, escuadrones de la muerte, tropas irregulares*”; 2) “[a]gentes o asesores privados contratados que, aunque no son en ningún sentido funcionarios gubernamentales, ejercen funciones que corresponderían al Estado”, por ejemplo, “*la administración de prisiones, los servicios de represión, los servicios de interrogatorios*”; 3) sujetos particulares; 4) grupos de oposición armada<sup>179</sup>.

Este tipo de clasificaciones tienen la utilidad de ilustrar la diversidad de agentes no estatales que pueden estar involucrados en la comisión de desapariciones forzadas. Sin embargo, es posible plantear varias críticas contra ellas. En efecto, no son clasificaciones sistemáticas, porque no se fundamentan en un criterio distintivo único. Tampoco son clasificaciones exhaustivas, porque dada la diversidad de sujetos no estatales existentes y sus variopintas características, es difícil elaborar una enumeración capaz de englobarlos a todos. De hecho, el concepto mismo de agente no estatal no es suficientemente claro en la doctrina internacionalista. Finalmente, no se trata de clasificaciones normativas, porque no se basan en un criterio diferenciador que tenga una base jurídica.

Una clasificación normativa de los sujetos activos de la desaparición, como la que se propone en este trabajo, tiene la ventaja de asentarse en las definiciones reguladas en los diversos instrumentos internacionales específicamente dedicados a este crimen, de modo que los criterios que se han empleado para elaborar las diferentes distinciones conceptuales surgen de la interpretación de ese material normativo.

Los instrumentos internacionales sobre la desaparición contemplan derechos e imponen deberes a fin de combatir este ilícito. Tales derechos y deberes pueden variar dependiendo del sujeto que ha cometido la desaparición. Por lo tanto, una buena interpretación de esos derechos y deberes exige conceptualizaciones y clasificaciones de los sujetos activos que se basen en las disposiciones de esos instrumentos internacionales.

---

<sup>179</sup> CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Philip ALSTON. E/CN.4/2005/7 (22 de diciembre de 2004), párrs. 69-76.

Para diferenciar a los diferentes autores, dichos instrumentos centran su atención en la presencia o ausencia de un vínculo con el Estado en términos de autorización, apoyo o aquiescencia. Es éste el criterio sobre el cual debe elaborarse la clasificación. Para la aplicación práctica de esos instrumentos, de poco servirá saber si el sujeto es un grupo armado, una organización terrorista o un puñado de mercenarios, si nada se sabe sobre su eventual conexión con el aparato estatal y sobre la entidad de esa conexión, cuestiones que deben ser analizadas caso a caso.

Por estas razones, se defiende una clasificación como la propuesta en este trabajo y se rechazan clasificaciones cuyo criterio distintivo no es claro o no tiene una base normativa en los instrumentos internacionales sobre la desaparición forzada.

Ahora bien, para la comprensión de la clasificación propuesta en esta sección es indispensable comprender qué se entiende por autorización, apoyo y aquiescencia. Se trata de nociones amplias que no pueden ser definidas con una precisión absoluta. En el fondo, los instrumentos internacionales se valen de estas nociones indeterminadas para abarcar un amplio abanico de supuestos en que el autor detenta un vínculo o conexión con el Estado.

Pues bien, la autorización consiste en una orden directa del Estado<sup>180</sup>. El apoyo equivale al consentimiento estatal<sup>181</sup>. La aquiescencia estriba en tener conocimiento sobre la actual o potencial ejecución de desapariciones forzadas, omitiéndose las actuaciones necesarias para evitar su comisión, esto es, tolerando su ejecución<sup>182</sup>. La importancia de estas nociones estriba en su utilidad para constatar un vínculo entre Estado y sujeto, un vínculo que en la práctica puede asumir formas muy variadas, desde un comportamiento muy proactivo de los agentes estatales hasta la mera tolerancia. Por ende, es aconsejable una interpretación amplia y casuística de estos conceptos, que

---

<sup>180</sup> PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 12.

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> *Ibid.* Cfr. GIORGOU, op. cit., p. 1014, n. 55, para quien la aquiescencia es una forma pasiva de participación estatal que incluye aprobación, acuerdo o consentimiento, que puede adoptar varias manifestaciones expresas o tácitas y que puede ser otorgada antes o después de la perpetración del crimen. Para un concepto general de aquiescencia vid. MÜLLER, Jörg Paul/COTTIER, Thomas. "Acquiescence", en BERNHARDT, Rudolf (dir.). *Encyclopedia of Public International Law*. 5 vols. Amsterdam-London-New York-Tokyo: North-Holland, t. I, 1992, p. 14, aclarando que en el Derecho internacional se refiere a situaciones de inactividad o pasividad de un sujeto frente a una reclamación, pero que generan efectos jurídicos obligatorios.



permita valorar si existe en cada supuesto una vinculación entre el Estado y la organización<sup>183</sup>.

A modo de analogía, puede hacerse referencia a la definición de tortura del artículo 1 de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes* (en adelante, *Convención contra la Tortura*), que emplea los términos “consentimiento o aquiescencia”<sup>184</sup>. Según VILLÁN DURÁN, estas expresiones permiten incluir en el concepto de tortura las actuaciones de organizaciones no estatales, por ejemplo, los paramilitares<sup>185</sup>. En la misma línea, NOWAK y MCARTHUR consideran que estas expresiones permiten cubrir un amplio rango de actuaciones cometidas por particulares, siempre que el Estado permita de alguna manera que el comportamiento se cometa o continúe. Incluso señalan que un ejemplo de tortura cometida con la aquiescencia del Estado, sería la cometida por una empresa de seguridad privada, siempre que los agentes estatales supieran o deberían haber sabido que dicha empresa podía recurrir a la tortura<sup>186</sup>.

Las explicaciones sobre las diversas categorías de agentes permiten abordar con pie firme el debate que tuvo lugar durante los trabajos preparatorios de la CIPPDF sobre la incorporación del sujeto activo en la definición de la desaparición.

### **3.2. Las posiciones enfrentadas sobre el agente no estatal en los trabajos preparatorios de la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas*.**

La revisión de los *travaux préparatoires* de la CIPPDF permite inferir que los redactores estaban de acuerdo en considerar que la responsabilidad primordial por la

---

<sup>183</sup> Llama la atención que según los EC, cit., art. 7(1)(i), elementos 4 y 5, en el acto de privación de libertad puede ser ejecutado con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, a diferencia de la denegación de información, que sólo puede ser realizada con autorización o apoyo. Según WITSCHERL y RÜCKERT, op. cit., p 102, esta diferencia se debe a un error en la adaptación de las distintas versiones idiomáticas del texto.

<sup>184</sup> *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su res. 39/46 de 10 de diciembre de 1984 y entrada en vigor el 26 de junio de 1987, *UNTS*, vol. 1465, p. 112.

<sup>185</sup> VILLÁN DURÁN, “La Convención contra la Tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en el Derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 37, nº 2, 1985, pp. 395-396

<sup>186</sup> NOWAK, Manfred/MCARTHUR, Elizabeth. *The United Nation Convention Against Torture. A Commentary*. Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 78.

comisión de la desaparición forzada debía recaer sobre el Estado<sup>187</sup>. Pese a lo anterior, había una tendencia favorable a incorporar los agentes no estatales como sujetos activos de la desaparición forzada<sup>188</sup>.

Entre las delegaciones surgieron dos posturas antagónicas, una de ellas era favorable a la exclusividad de los agentes no estatales como sujetos activos de la desaparición, mientras que la otra sostenía la necesidad de incorporar agentes no estatales entre los autores<sup>189</sup>.

Tradicionalmente los Estados han sido reacios a cualquier clase de reconocimiento de los sujetos no estatales. En algunos contextos, cierta clase de agentes no estatales son considerados por los Estados como enemigos internos. Por ejemplo, piénsese en los grupos de oposición armada, los movimientos insurreccionales, las agrupaciones terroristas o en cualquier otra clase de sujeto que persigue la finalidad política de derrocar o debilitar al Estado. Por ende, el reconocimiento de derechos u obligaciones internacionales de los agentes no estatales viene interpretado por los Estados como un reconocimiento de subjetividad internacional. Las autoridades

---

<sup>187</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 32.

<sup>188</sup> Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos*. Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de justicia y la cuestión de la indemnización. E/CN.4/Sub.2/1996/16, (13 de agosto de 1996), párr. 46; la misma, *La administración de justicia y los derechos humanos*, E/CN.4/Sub.2/1998/19, cit., párr. 22.

<sup>189</sup> En el marco del CE se defendido una posición favorable a la inclusión de los actores no estatales como sujetos activos de la desaparición forzada. Cfr. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (en adelante, PACE). *Enforced Disappearances*. Report Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES. Doc. 10679, 19 de septiembre 2005, párr. 46; la misma, res. 1463 (2005), *Enforced disappearances*, 3 de octubre de 2005, párr. 10.1.1.

En doctrina, la opinión también ha estado dividida. Entre los partidarios de la estatalidad exclusiva de la desaparición forzada, cfr. COURTNEY, Jocelyn. "Enforced Disappearances in Colombia: A Plea for Synergy between the Courts", *International Criminal Law Review*, vol. 10, n° 5, 2010, pp. 682 y 686; PARAYRE, Sonia. "La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los derechos humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 29, 1999, p. 30. Entre los autores favorables a la inclusión de los agentes no estatales, cfr. ANDERSON, Kirsten, "How effective is the 'International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances' likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearances?", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, n° 2, octubre de 2007, p. 256; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 279; VERMEULEN, "The Duty to Take Preventive Operational Measures...", cit., p. 154; GIORGOU, op. cit., pp. 1004-1008, quien sobre la base del carácter tradicionalmente estatal de la desaparición forzada, acepta la extensión de la autoría sólo respecto de agentes que sean asimilables a los Estados (*State-like organizations*).

Durante la preparación de la Convención Internacional, las ONGs y agrupaciones de familiares de personas desaparecidas manifestaron su contrariedad a la inclusión de los agentes no estatales. Cfr. al respecto DIEZ-BACALSO, op. cit., s. p. Esta actitud ha sido criticada por HUHLE, op. cit., p. 23, argumentando que el papel principal de las ONGs debe ser la protección de las víctimas sin importar que el sujeto actor sea un agente estatal o no estatal.

estatales, por ende, intentan evitar que los sujetos no estatales se erijan en igualdad de condiciones frente a la comunidad internacional mediante la adquisición de márgenes de subjetividad y hacen todo lo posible para tratarlos como criminales y someterlos a la aplicación del Derecho penal nacional<sup>190</sup>.

Sin embargo, en las últimas décadas los agentes no estatales han ido ganando protagonismo internacional, siendo ésta una tendencia difícilmente reversible<sup>191</sup>. En alguna medida, las discusiones que se suscitaron sobre la regulación de los agentes no estatales durante la negociación de la CIPPDF reflejan estas tensiones del Derecho internacional<sup>192</sup>.

Ahora bien, los partidarios de la postura favorable a la exclusividad de la responsabilidad de los agentes estatales argumentaban que la incorporación de los sujetos no estatales podía incidir negativamente en la determinación de la responsabilidad estatal. Se trata de un argumento general comúnmente invocado por quienes consideran que el Estado es el único sujeto capaz de violar derechos humanos. De acuerdo con esta idea, si el marco de las responsabilidades se abre hacia agentes no estatales, entonces los Estados harán todo lo que esté a su alcance para desviar su propia responsabilidad hacia ellos<sup>193</sup>.

Sin embargo esta posición puede ser criticada<sup>194</sup>. El Estado también puede detentar alguna clase de responsabilidad frente a violaciones de derechos humanos cometidas por sujetos no estatales, siempre que no haya empleado los medios a su alcance para prevenir su comisión o para responsabilizar a los culpables. El estándar internacional que se emplea para valorar ese tipo de responsabilidades suele ser la diligencia debida. Esta crítica fue planteada durante los trabajos preparatorios, pese a la

---

<sup>190</sup> CLAPHAM, Andrew. "Non-State Actors", en MOECKLI, Daniel/SHAH, Sangeeta/SIVAKUMARAN, Sandesh (eds.). *International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 562 y 576.

<sup>191</sup> Vid. Capítulo VIII, § 1.

<sup>192</sup> HUHLE, op. cit., p. 23.

<sup>193</sup> Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos*, E/CN.4/Sub.2/1996/16, cit., párr. 46; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 31.

<sup>194</sup> Para un análisis crítico de este argumento en el discurso general de los derechos humanos, vid. CLAPHAM, op. cit., pp. 562-563; el mismo, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 25, 32 y 43, argumentando que los sujetos no estatales pueden ser responsables de violaciones a los derechos humanos aunque no participen en los procesos de creación del Derecho internacional; que el Derecho internacional de los derechos humanos debe adaptarse a estas nuevas necesidades; y que el riesgo de nuevas violaciones por parte del Estado debe sopesarse con el imperativo de responsabilizar a nuevos actores capacitados para violar derechos humanos.

resistencia de algunas delegaciones que simplemente negaban la existencia de estándares de responsabilidad estatal frente las actuaciones de agentes no estatales<sup>195</sup>.

Las violaciones de los derechos humanos pueden activar la operatividad de una pluralidad de regímenes de responsabilidad tanto a nivel individual como a nivel estatal. Por ejemplo, si la desaparición forzada satisface los requisitos de los crímenes de lesa humanidad, además de la responsabilidad internacional del Estado, surgirá también la responsabilidad penal internacional de los perpetradores. Por lo tanto, una protección integral de los derechos humanos requiere que los diferentes regímenes de responsabilidad puedan aplicarse armónicamente. Dicho lo anterior, si el autor de la violación es un sujeto no estatal, habrá que constatar en cada caso concreto si se reúnen los requisitos para la configuración de su responsabilidad penal individual y además, si surge la responsabilidad internacional del Estado por su participación o por su falta de diligencia debida en la prevención y sanción del crimen. Si los regímenes de responsabilidad se aplican conjunta y armónicamente, el argumento según el cual el Estado eludiría subrepticamente su responsabilidad pierde sentido. En tales situaciones, habría que imputar a cada sujeto las ilicitudes cometidas por ellos, utilizándose los estándares de atribución existentes para cada situación<sup>196</sup>. Por lo demás, hace bastante tiempo que los Estados han dejado de ser los únicos sujetos de Derecho internacional<sup>197</sup>.

Según otro argumento de la postura favorable a la exclusividad estatal, la inclusión de los agentes no estatales desfiguraría el esquema tradicional del Derecho internacional de los derechos humanos<sup>198</sup>. Se trata de un argumento que cae por su propio peso, porque razonando de esa manera no se podría implementar ninguna modificación de *lege ferenda*. El Derecho internacional de los derechos humanos posee un carácter evolutivo que le permite adaptarse con flexibilidad a la realidad vigente en

---

<sup>195</sup> Para la defensa de la responsabilidad estatal por hechos de agentes no estatales durante los trabajos preparatorios, cfr. CDH. *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 35; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 31. Para las críticas, cfr. CDH. *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 40. El estándar de la diligencia debida será estudiado detalladamente en el Capítulo VIII, § 3, 4.1 y 4.2.

<sup>196</sup> Vid. en general, CARRILLO SANTARELLI, Nicolás. “La protección y promoción de los derechos humanos frente a violaciones no estatales por los órganos internacionales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 26, diciembre 2013, p. 3, argumentando que “la protección de los derechos humanos frente a actores no estatales no supone la desaparición de las obligaciones estatales de respeto y protección” y agregando que “la presencia de responsabilidades no estatales no es una excusa válida que permite a los Estados evadir sus propias obligaciones”.

<sup>197</sup> CDH. *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., cit., párr. 30.

<sup>198</sup> Cfr. CDH. *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 31; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 31.

una época histórica determinada. Si una hipótesis concreta de afectación de derechos humanos demanda una respuesta normativa, no hay razón para negar su implementación, siempre que esa respuesta se traduzca en la elaboración de instituciones jurídicas coherentes, que puedan ser aplicadas con márgenes satisfactorios de eficacia y que estén fundamentadas en argumentos razonables. La plasmación de nuevas instituciones jurídicas no puede ser detenida por el respeto ciego a la tradición, más aún si los esquemas tradicionales se han tornado incapaces de proteger los derechos humanos<sup>199</sup>.

Ahora bien, la posición favorable a la inclusión de los agentes no estatales también manejaba sus argumentos. Según esta posición, en la práctica la desaparición es un delito que viene cometido por agentes estatales y no estatales<sup>200</sup>. Ha habido situaciones en que agrupaciones paramilitares y grupos armados de diversa índole han participado en la comisión generalizada y sistemática de desapariciones forzadas. Este importante dato de hecho es suficiente para demostrar que la desaparición ha dejado de ser un delito esencialmente estatal. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico habrá que analizar en cada caso concreto las características del agente y la existencia de eventuales vínculos con el Estado<sup>201</sup>.

Otro argumento esgrimido por esta posición es de carácter probatorio. Según la opinión del experto independiente NOWAK, la impunidad que rodea la comisión de la desaparición forzada dificulta enormemente la prueba de un vínculo de autorización, apoyo o aquiescencia entre un sujeto no estatal y el Estado. En esos casos, el Estado es responsable aunque el sujeto actor no haya sido uno de sus órganos. Según el experto,

---

<sup>199</sup> Cfr. CARRILLO SANTARELLI, op. cit., p. 5; CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, cit., pp. 33-35, concluyendo que el elemento determinante no es el sujeto obligado, sino el derecho o bien jurídico que se pretende proteger.

<sup>200</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...* Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 73; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 30; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., p. 52, específicamente, la opinión esbozada por la delegación de India. En doctrina cfr. ANDERSON, op. cit., p. 256; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 279; PACE. *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 46.

<sup>201</sup> La naturaleza de los agentes no estatales no siempre es nítida en relación a su eventual vinculación con el aparato estatal, porque dicha relación muchas veces es difuminada y difícil de valorar. Por lo demás, podría tratarse de una relación que evoluciona o involuciona con el transcurso del tiempo, ya que una organización de este tipo puede nacer al alero del Estado, para luego ir adquiriendo progresivamente independencia o, viceversa, una organización que se genera de manera autónoma podría vincularse en un momento posterior con el poder estatal. Al respecto, vid. VRANCKX, An. *A long road towards universal protection against enforced disappearance* [En línea]. *International Peace Information Service*, RODIN, Sasha (ed.). Antwerp: s.e., 2007. Disponible en <<https://docs.google.com/viewer?url=http://ipisresearch.eu/download.php?id%3D152>>. [Consulta: 18 de abril de 2014], pp. 10-11.

este tipo de dificultades probatorias fundamentan la incorporación de agentes no estatales en la tipificación penal interna de la desaparición forzada<sup>202</sup>.

Un último argumento de esta posición estaba relacionado con la perspectiva de las víctimas. El sufrimiento que experimentan las víctimas no depende de la tipología de autor que ha cometido la desaparición<sup>203</sup>. Si el fundamento último de los derechos humanos es la dignidad del ser humano es evidente que la aplicación de los mecanismos destinados a la protección de estos derechos debe proceder con independencia del tipo de sujeto que incurre en la violación<sup>204</sup>.

Pese a este evidente desacuerdo entre las delegaciones, se alcanzó una solución de compromiso que quedó reflejada en la versión final del artículo 3 de la CIPPDF. Como suele ocurrir en estos casos, las soluciones de compromiso producen como resultado disposiciones técnicamente deficientes e intencionadamente ambiguas. Así, el artículo 3 dispone que “[l]os 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”<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 73.

<sup>203</sup> Cfr. HUHLE, op. cit., p. 23; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 278; VERMEULEN, “The Duty to Take Preventive Operational Measures...”, cit, p. 154; OTT, op. cit., p. 23, para quien en un supuesto de desaparición forzada cometida por agentes no estatales en un Estado que funciona normalmente, las víctimas indirectas (familiares y otras personas cercanas al desaparecido) recibirán un alivio por parte del Estado, que intentará perseguir a los responsables y reparar a las víctimas, mientras que si la desaparición es cometida por el Estado mismo, las víctimas indirectas no tienen a quien recurrir para la búsqueda de la justicia.

<sup>204</sup> Recurren al argumento de la dignidad humana, CARRILLO SANTARELLI, op. cit., pp. 4-5, 15, 18 y 20; CLAPHAM, “Non-State Actors”, cit., pp. 563-564, recordando que es equivoco fundamentar los derechos humanos en el vínculo Estado-ciudadano. Por su parte, ERIKSSON, Maria. *Defining Rape. Emerging Obligations for States under International Law?*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2011, p. 204, sostiene que esta perspectiva centrada en la víctima consolida la eficacia de la protección de los derechos humanos.

<sup>205</sup> La propuesta originaria de este artículo puede consultarse en CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 35. La aprobación de la redacción actual del texto se fraguó en el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo de Composición Abierta, como consta en CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párrs. 12-15. Esta solución de compromiso no dejó satisfechas a todas las delegaciones. Por ejemplo, la delegación de Filipinas declaró que hubiera preferido una mayor atención de la Convención hacia los agentes no estatales y que de acuerdo con su interpretación, no hay obstáculo para que en la tipificación interna se integre a dichos agentes. Cfr. AG. DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION. *Third Committee Approves Draft Resolution concerning Convention on Enforced Disappearances*. GA/SHC/3872 (13 de noviembre de 2006); AG. *Acta resumida de la 45ª sesión*. Sexagésimo primer período de sesiones. A/C.3/61/SR.45 (5 de enero de 2007), párr. 15. Cfr. PACE, res. 1868 (2012), *The International Convention for the Protection of all Persons from*

Por tanto, aunque los agentes no estatales no fueron incorporados en la definición, existe una disposición que se refiere expresamente a ellos y que impone ciertas obligaciones a los Estados Partes. Sin embargo, se trata de un precepto sumamente ambiguo, que genera numerosos problemas de interpretación<sup>206</sup>.

La disposición evita referirse expresamente a desapariciones forzadas, prefiriendo remitirse a “*las conductas definidas en el artículo 2*”. El artículo 2 es el que contempla la definición de la desaparición forzada, considerando como sujeto activos a “*agentes del Estado o [...] personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*”. Considerando la clasificación de los sujetos activos que se ha propuesto en este trabajo, el artículo 2 se refiere a dos clases de agentes: los agentes estatales y los agentes no estatales que actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado. En cambio, el artículo 3 regula los agentes no estatales autónomos, que actúan sin la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado.

Sin embargo, ¿se puede concluir que las “*conductas definidas en el artículo 2*” cometidas por personas que actúan sin un vínculo estatal son desapariciones forzadas? La fórmula remisiva no ha sido la mejor manera de aclarar esta cuestión, que queda sujeta a interpretación. Parece ser que el artículo 3 se está refiriendo a desapariciones forzadas cuya especial característica es su autoría no estatal<sup>207</sup>. Si no se asume esta conclusión, no sería posible justificar la incorporación de un precepto de esta naturaleza a un tratado cuyo objeto de regulación es la desaparición forzada.

Pasando a otro aspecto de la norma, hubo mucha discusión durante la preparación del tratado sobre la mejor redacción de la disposición. Las expresiones que se barajaron para identificar a los agentes no estatales fueron muchas, entre otras,

---

*Enforced Disappearance*, 9 de marzo de 2012, párr. 6.2.2., alegando que los agentes no estatales deberían haber sido incluidos en la definición.

<sup>206</sup> Por lo tanto, es errónea la conclusión de LINGHAMMAR, Philipp, *A study of the international legal instruments addressing enforced disappearance* [en línea], Lund: Lunds Universite-Human Rights Studies, 2009. Disponible en <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1316380&fileId=1316381>>.

[Consulta: 11 de julio de 2014], p. 16, para quien los agentes no estatales han sido excluidos del ámbito de aplicación de la Convención.

<sup>207</sup> HUHLE, op. cit., p. 22 y 23. En contra, MCCRORY, op. cit. p. 551.

“organizaciones políticas”<sup>208</sup>, “actos de los grupos organizados y de los particulares”<sup>209</sup>, “organizaciones o grupos que tienen el control efectivo de una parte del territorio del Estado”<sup>210</sup>, “personas que actúan fuera de la autoridad directa o indirecta del Estado”<sup>211</sup> y “toda organización, incluida las entidades económicas”<sup>212</sup>. Incluso, se propuso obviar toda referencia al sujeto activo en la definición, a fin de obligar los Estados a tipificar la desaparición cualquiera fuese el autor<sup>213</sup>. En definitiva, se optó por una redacción negativa –“personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”– que resulta criticable por su vaguedad.

Para ir cerrando el círculo, HUHLE tiene razón cuando sostiene que la CIPPDF “por un lado, sostiene la doctrina ortodoxa según la que las violaciones a los derechos humanos son el privilegio de los Estados. Por otro lado, reconoce que materialmente el mismo acto que constituye una desaparición forzada puede ser y es cometido también por agentes no estatales”<sup>214</sup>. Sin embargo, la solución de compromiso ha producido como resultado una disposición enrevesada que genera y seguirá generando inevitables dudas interpretativas.

### 3.3. La organización política como sujeto activo en el *Estatuto de Roma*

Una de las novedades que presentó la definición del ER en relación al resto de los instrumentos internacionales fue la mención de un agente no estatal como sujeto activo de este delito: la organización política<sup>215</sup>. El ER tipifica los crímenes de lesa humanidad en su artículo 7. Este tipo de crímenes están compuestos por dos categorías de elementos: los elementos contextuales, que son de carácter general y que deben

---

<sup>208</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 28-29. Una expresión alternativa fue la de “miembros de organizaciones políticas”, que resaltaba la responsabilidad individual más que la de los grupos.

<sup>209</sup> Íd., párr. 29.

<sup>210</sup> Íd., párr. 39.

<sup>211</sup> *Ibid.* Ambas expresiones tienen la influencia del Derecho internacional humanitario.

<sup>212</sup> Íd., párr. 29.

<sup>213</sup> Íd., párr. 33. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 29.

<sup>214</sup> HUHLE, op. cit., p. 23.

<sup>215</sup> Según algunos autores, en el ER la expansión de la autoría de la desaparición forzada se explica porque el objeto de este texto normativo es la regulación de la responsabilidad penal internacional del individuo. Cfr. LINGHAMMAR, op. cit., p. 34; HALL, op. cit., p. 268.



concurrir en cualquier crimen de lesa humanidad; y los elementos específicos de cada crimen particular.

Según el artículo 7(1) del ER, la existencia de un crimen de lesa humanidad requiere un “*ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”. A su vez, el artículo 7(2) entiende que un ataque contra la población civil consiste en una “*línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*”. En esta última definición, el ER alude a la política de un Estado o de una organización, con lo cual la autoría de los crímenes de lesa humanidad puede ser estatal o no estatal. Además, cuando el artículo 7(2)(i) del ER define la desaparición forzada, alude a la “organización política”.

Respecto de la organización y su papel en la definición de los crímenes de lesa humanidad, la CPI ha emitido numerosas sentencias en que se debate la conceptualización de este sujeto, problema que será tratado más adelante<sup>216</sup>. Sin embargo, la “organización política” es elemento específico del crimen de desaparición forzada que no ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial y que no tiene un símil en el resto de los crímenes de lesa humanidad tipificados en el Estatuto.

A primera vista surge la duda sobre una eventual conexión entre la noción general de organización del crimen de lesa humanidad y el concepto más específico de organización política de la desaparición forzada. Es extraño que el artículo 7 se refiera específicamente a la organización política sólo a propósito de la desaparición forzada. De todos modos, ambas nociones comparten un problema común que estriba en identificar el significado de cada una de ellas.

Durante los trabajos preparatorios del Estatuto se decidió incluir la organización política como sujeto activo de la desaparición forzada, con el argumento de que en la realidad estos delitos ya no se cometen sólo por agentes estatales<sup>217</sup>.

En la doctrina algunos autores han criticado la inclusión de este sujeto<sup>218</sup>. Sin perjuicio de ello, es posible distinguir dos grupos de opiniones sobre la interpretación de

---

<sup>216</sup> Vid. Capítulo VIII, § 1.2.

<sup>217</sup> GIORGOU, op. cit., p. 1008, n. 26.

esta noción. Un primer conjunto de autores son partidarios de un concepto amplio de organización política, mientras que las del segundo grupo, apoyan una noción más restringida.

PÉREZ SOLLA, por ejemplo, maneja un concepto amplio considerando que la organización política abarca cualquier grupo de personas que persigue fines políticos, por ejemplo, un movimiento de liberación nacional, grupos guerrilleros, pueblos beligerantes e incluso terroristas o partidos políticos<sup>219</sup>. MODOLELL GONZÁLEZ, plantea que la organización política es toda organización que actúa contra el poder constituido<sup>220</sup>. BOOT considera que los particulares en general pueden ser autores de desapariciones forzadas<sup>221</sup>.

Por el contrario, AMBOS y BÖHM manejan una conceptualización más restringida, inspirada en el Derecho internacional humanitario. Si bien no lo señalan explícitamente, parece ser que asimilan la organización política al concepto de grupo armado organizado. Al indicar los requisitos de la organización política, los autores indican que debe tener un control *de facto* sobre un territorio determinado y ser capaz de ejercer una fuerza semi-institucionalizada mediante organismos policiales o de seguridad.

Si bien AMBOS y BÖHM aceptan la posibilidad de que la organización pueda ser sujeto activo de crímenes de lesa humanidad, consideran que no es posible alcanzar la misma conclusión respecto de la organización política como sujeto activo de la desaparición sin antes superar algunos obstáculos dogmáticos. Según estos autores, el bien jurídico vulnerado por la desaparición forzada es la personalidad jurídica, entendida como el acceso a los recursos procesales que le asisten a toda persona privada de libertad. En ese sentido, sólo el Estado está facultado para garantizar el acceso a tales recursos y, por ende, sólo él puede neutralizarlos. Por el contrario, una organización política, aunque reúna los requisitos antes referidos, no tiene esa facultad. El único supuesto en que estos autores conciben la posibilidad de que la organización política sea capaz de negar al acceso a los recursos procesales, es aquel en que la víctima es llevada

---

<sup>218</sup> Cfr. *id.*, pp. 1010-1015; ANDERSON, *op. cit.*, p. 256.

<sup>219</sup> PÉREZ SOLLA, *op. cit.*, p. 18, agregando que las organizaciones económicas o criminales persiguen fines políticos, pueden considerarse organizaciones políticas en los términos del ER.

<sup>220</sup> MODOLELL GONZÁLEZ, "El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *cit.*, p. 206.

<sup>221</sup> BOOT, Machteld. *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia, 2002, p. 527.

a un territorio controlado por la misma organización y en que no hay presencia de autoridades estatales<sup>222</sup>.

En definitiva, estos autores asumen una conceptualización de la organización política que la asimila a un Estado (*State-like organization*). Por esta razón, destacan la necesidad del control sobre un territorio y de la capacidad de ejercer una fuerza institucionalizada. En cambio, las posiciones anteriores barajan concepciones más amplias y no consideran imprescindible que los sujetos no estatales sean asimilables a un Estado.

### **3.4. La ejecución de la denegación de información por parte de agentes no estatales: un dilema dogmático**

En la doctrina se ha discutido bastante sobre la posibilidad de que los agentes no estatales puedan cometer la conducta de denegación de información. Para que pueda darse cumplimiento al deber de información es necesaria la existencia de un aparato institucional capaz de brindar ciertas garantías a las personas privadas de libertad y de comunicar a los interesados la información pertinente a la situación de la víctima. Sin embargo, no son muchos los tipos de agentes no estatales que cuentan con un aparato institucional de similar envergadura.

En este tipo de hipótesis habría que resolver dos problemas dogmáticos. En primer lugar, debe determinarse si los sujetos no estatales tienen el deber de proporcionar información y debe identificarse la fuente de la que dimana ese deber. En segundo lugar, habría que valorar si la imposición de ese deber no genera una infracción al principio de no autoincriminación.

OTT y GIORGOU niegan la posibilidad de que agentes no estatales denieguen información y sustraigan a la víctima de la protección de la ley, porque se trata de una conducta que sólo puede ser cometida por agente del Estado<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> AMBOS/BÖHM, op. cit., pp. 246-248. Cfr. GIORGOU, op. cit., pp. 1015-1020; OTT, op. cit., p. 25.

<sup>223</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 23; GIORGOU, op. cit., pp. 1012-1013.

En cambio, para AMBOS y BÖHM el deber de brindar información ha sido concebido para obligar a los Estados, porque se relaciona con la protección jurídica de la que deben gozar todos los ciudadanos y la posibilidad de acceder a la justicia y hacer uso de los recursos legales. Según estos autores, sólo las organizaciones políticas que tengan una cierta organización institucional, controlen un territorio y, en definitiva, sean asimilables a un Estado, podrían tener la capacidad de incurrir en la denegación de información<sup>224</sup>.

Por su parte, MEINI concibe la estructura típica de la desaparición como un delito de infracción al deber. En su opinión debe asumirse como presupuesto que el bien jurídico protegido por este delito es la personalidad jurídica de la víctima. Además, este autor considera que la conducta esencial de la desaparición no es la privación de libertad, sino la denegación de información. Pues bien, en los delitos de infracción o de incumplimiento de deber, lo esencial es determinar la fuente del deber. MEINI argumenta que en la desaparición el deber de informar surge por injerencia de la privación de libertad. La injerencia es una noción penal y se utiliza para explicar la fuente de la posición de garante. En palabras muy simples, la injerencia está relacionada con una actuación peligrosa o riesgosa que fundamenta la posición de garante.

Sin embargo, AMBOS y BÖHM creen que la fuente del deber se halla en la norma típica, porque es el tipo penal el que impone el deber de informar. Este mandato se desprende de la finalidad del cargo de funcionario público, que debe velar por el buen funcionamiento de la administración y por el bienestar de los habitantes.

Por otra parte, GALAIN PALERMO cree que la fuente de la posición de garante deviene de un deber especial extrapenal que tienen los funcionarios públicos por la calidad del cargo que envisten.

Pese a los matices que plantea cada uno de estos autores, si la naturaleza típica del delito es la de una infracción al deber, sólo pueden ejecutarlo quienes tienen un deber específico de otorgar información sobre la víctima. Según MEINI, tienen ese deber sólo los funcionarios públicos que han intervenido en la privación de libertad o que sin haber intervenido en la privación de libertad tienen el deber jurídico de custodiar el detenido. En cambio, MODOLELL, GALAIN PALERMO, AMBOS y BÖHM incluyen también

---

<sup>224</sup> AMBOS/BÖHM, op. cit., pp. 246-248. Cfr. OTT, op. cit., p. 25-27.

a los agentes no estatales que actúan vinculados al Estado. MODOLELL cree que en esos casos la fuente del deber estriba en el vínculo con el Estado, mientras que GALAIN PALERMO considera que esos agentes actúan como funcionarios públicos de hecho, de modo que sobre ellos pesa el deber especial extrapenal antes mencionado.

Sea como fuere, este deber debe ser cumplido dentro de los plazos y en la forma que prescribe la ley y cesa cuando aparece el desaparecido o sus restos. Si el funcionario público ha cesado sus funciones el deber persiste en base al derecho a la verdad, derecho cuya titularidad es detentada no sólo por la víctima entendida en sentido amplio, sino también por toda la sociedad. El Estado en efecto tiene la obligación de dar cuenta de lo ocurrido y mientras no lo haga, subsiste el deber de información. Es un deber que puede ser impuesto a todo ciudadano<sup>225</sup>.

A mi juicio, las argumentaciones de estos autores también pueden ser aplicadas a los agentes no estatales que actúan desvinculados del Estado. El nivel de problematicidad dependerá del concepto de agente no estatal que se maneje. Si se opta por una concepción restringida que exige una cierta similitud del agente con el Estado, no hay mayor impedimento para considerar que los agentes no estatales pueden cometer la conducta denegatoria en base a las mismas justificaciones anteriores.

La cuestión se torna problemática si se maneja un concepto de agente no estatal amplio. En ese caso, la fundamentación del deber parece ser más débil, ya que sólo podría sustentarse en base al deber de todo ciudadano de revelar la verdad sobre lo ocurrido con las víctimas de desaparición, deber que en términos normativos parece tener menos fuerza que el deber de información atribuible a un funcionario público o a una persona que se le asimile.

En cuanto al problema de la autoincriminación, LÓPEZ DÍAZ y GALAIN PALERMO sostienen que si los agentes no estatales no tienen un deber institucional impuesto por ordenamiento jurídico que les obligue a proporcionar información, la revelación de la misma podría traducirse en una autoincriminación<sup>226</sup>. AMBOS y BÖHM sostienen que la solución de la tipificación alemana es la más adecuada para sortear este problema. En

---

<sup>225</sup> Para mayores detalles sobre este debate, cfr. MEINI, op. cit., pp. 122 y 123; AMBOS/BÖHM, op. cit., pp. 234 y 249; MODOLELL GONZÁLEZ, “La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos”, cit., p. 191; GALAIN PALERMO, op. cit., pp. 159-164.

<sup>226</sup> Cfr. LÓPEZ DÍAZ, op. cit., pp. 81 y 97; GALAIN PALERMO, op. cit., p. 149.

Alemania la denegación de información sólo puede producirse si ha mediado un encargo previo del Estado o se ha incumplido un deber jurídico. Según estos autores, *“ambas referencias están poniendo al sujeto en posición de garante, ya sea ‘por su asimilación al cumplimiento de una función pública’ –por actuar «por encargo del Estado»–, lo cual lo situaría en la posición de funcionario público y le adjudicaría ese mismo cometido y el mandato de no incumplir con el deber de valar por el correcto funcionamiento de las instituciones y el respeto de los derechos que debe proteger; o por obligación ‘cumplir un deber jurídico’, que se funda en que el particular por propia decisión y sin orden estatal se alineó en una política estatal de desapariciones y en tal asimilación se ve vinculado por tanto a los deberes jurídicos que interna o internacionalmente se prevén para los funcionarios públicos”*<sup>227</sup>. Frente a una tipificación penal de esa índole, no podría producirse una infracción al principio de autodeterminación. Sin embargo, la exigencia de un requerimiento previo a la denegación de información es criticable a la luz de los argumentos expuestos anteriormente<sup>228</sup>.

Como se ha podido comprobar, la posibilidad de que los agentes no estatales puedan incurrir en la conducta denegatoria y, por ende, en desapariciones forzadas depende de la posición que se asuma en este debate. Aunque la naturaleza del mismo supera las fronteras del Derecho internacional y se relaciona con cuestiones esencialmente penales, se ha considerado necesario dar cuenta de las principales posiciones doctrinarias a fin de demostrar la problematicidad que conlleva incorporar los agentes no estatales entre los autores de la desaparición forzada.

#### **4. LA SUSTRACCIÓN A LA PROTECCIÓN DE LA LEY**

Todos los instrumentos internacionales que se han preocupado de consagrar una definición de la desaparición forzada se han remitido a la sustracción a la protección de ley. En términos generales, ANDREU-GUZMÁN consiste en *“el efecto de suspender el disfrute de todos los derechos de la persona desaparecida y de colocar a la víctima en*

---

<sup>227</sup> AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 235.

<sup>228</sup> Vid. § 2.1 de este mismo Capítulo.

*una situación de completa indefensión*”<sup>229</sup>. OTT y BOOT consideran que remover a una persona de la protección del Derecho significa impedirle que haga valer los recursos que establece la ley y beneficiarse de las garantías procesales<sup>230</sup>.

La sustracción a la protección de la ley se produce debido a la condición a la que se somete la persona desaparecida y a la denegación de información sobre su situación. La propia persona desaparecida, al estar sometida a un régimen ilegal de privación de libertad que suele ser secreta e incomunicada, no tiene muchas posibilidades para valerse de las garantías procesales que los ordenamientos nacionales consagran a favor del detenido. Por su lado, los familiares no siempre pueden ejercer eficazmente los recursos pertinentes para obtener información sobre la persona desaparecida o para lograr su puesta en libertad. Aun en el evento de que estos recursos estén disponibles y puedan ser ejercidos, la ausencia de información sobre la persona desaparecida disminuye considerablemente su grado de eficacia.

Para un estudio detallado de este elemento, el epígrafe será dividido en dos secciones. La primera de ellas analizará la naturaleza jurídica de la sustracción a la protección de la ley, a fin de determinar si se trata de un elemento conceptual de la desaparición forzada o de una consecuencia derivada de la configuración de los elementos anteriores. En cambio, la segunda sección analizará algunas exigencias adicionales que pueden anexarse a este elemento, esto es, exigencias temporales y exigencias intencionales. Durante la negociación de la Convención Internacional había algunas opiniones que propugnaban la inclusión expresa de estas exigencias en la definición de la desaparición forzada, pero afortunadamente no prosperaron, con lo cual la redacción definitiva de la definición no las contempla. Sin embargo, la definición del ER contiene este tipo de requisitos, con lo cual se explicará brevemente en qué consisten.

---

<sup>229</sup> ANDREU-GUZMÁN, “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, cit., p. 75: “*the effect of suspending enjoyment of all of the rights of the disappeared person and placing the victim in a situation of complete defenselessness*”.

<sup>230</sup> Cfr. BOOT, op. cit., p. 527; OTT, op. cit., p. 27.

#### 4.1. La sustracción a la protección de la ley en los instrumentos de Derecho internacional de los derechos humanos sobre desapariciones forzadas. ¿Elemento o consecuencia?

En el primer proyecto de 1998 de la CIPPDF, el artículo 1 que consagraba la definición, no se refería a la sustracción a la protección de la ley, de modo que la intención de incorporar esta exigencia se fue gestando en el transcurso de los trabajos *travaux préparatoires*<sup>231</sup>.

El debate se centró en determinar la naturaleza jurídica de esta exigencia. Algunas delegaciones, como las del Reino Unido, China y Egipto, pensaban que se trataba de un elemento constitutivo de la definición<sup>232</sup>. Otras, en cambio, como la delegación de Argentina, creían que se trataba simplemente de una consecuencia de los tres elementos anteriores y no de un elemento definitorio<sup>233</sup>.

La opción por una de las dos posiciones conllevaba una repercusión práctica, porque si la sustracción a la protección de la ley se consideraba un elemento de la definición de la desaparición forzada, lo recomendable era dejar constancia de su exigibilidad en el texto de la definición; en cambio, si se trataba de una mera consecuencia, su presencia en la definición era innecesaria<sup>234</sup>.

La discusión tuvo que ser zanjada por el Presidente del Grupo de Trabajo de composición abierta, quien propuso una fórmula de compromiso. La propuesta consistió en incluir la sustracción de la protección de la ley en la definición, pero como una “*ambigüedad constructiva*”, otorgándole a los Estados Partes cierta libertad interpretativa a la hora de incorporar el tratado al Derecho interno<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS, *La administración de justicia y los derechos humanos*, E/CN.4/Sub.2/1998/19, cit., Anexo, art. 1.

<sup>232</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 92. En los debates finales, muchas delegaciones interpretaron que se trata de un elemento conceptual. Cfr. AG, *Acta resumida de la 45ª sesión*, A/C.3/61/SR.45, cit., párrs. 13 y 19; la misma, *82ª sesión plenaria*. A/61/PV.82, 20 de diciembre de 2006, p. 2; AG, DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, *Third Committee Approves Draft Resolution concerning Convention on Enforced Disappearances*. GA/SHC/3872, cit., s.p.

<sup>233</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 25; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 91.

<sup>234</sup> Según VIBHUTE, “The 2007 International Convention against Enforced Disappearance...”, cit., p. 302, estas conclusiones valen también para la tipificación penal interna de la desaparición.

<sup>235</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 23; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 23.



Para RODLEY y POLLARD esta solución es muy criticable, porque debería haberse evitado dejar a la discrecionalidad de los Estados una cuestión tan determinante como la delimitación conceptual de la desaparición forzada. Estos autores analizan varias interpretaciones posibles de la solución de compromiso. Según una primera interpretación, los Estados podrían decidir si incorporan la sustracción en la tipificación interna. En cambio, de acuerdo con una segunda interpretación, los Estados tienen la obligación de incorporar la sustracción en la definición, pero con un margen de discrecionalidad sobre su calificación como elemento objetivo o como elemento subjetivo. Esto significa que la sustracción puede ser incorporada una situación de hecho que afecta a la persona privada de libertad o como una exigencia específica vinculada con la culpabilidad del autor.

RODLEY y POLLARD creen que la mejor manera de solucionar este enrevesado asunto hermenéutico estriba en considerar la sustracción como un elemento objetivo que consista en una situación de hecho. De esa manera, se sortean eventuales problemas probatorios relacionados con la subjetividad del autor. Además, se evita confundir la desaparición forzada con las detenciones arbitrarias o ilegales. Estos autores estiman que si no se exige la concurrencia de la sustracción de la ley, resultaría dificultoso diferenciar ambas clases de ilícitos<sup>236</sup>.

En las observaciones finales al informe periódico presentado por Francia, el CED criticó su tipificación interna a propósito de la sustracción de la protección de la ley. El Comité recomendó al Estado francés “*que evite alteraciones del texto con cambios en el orden de los elementos de la frase o la introducción de nuevas expresiones. De ese modo, se pretende evitar que la definición de desaparición forzada se pueda interpretar como que requiere un elemento intencional para la incriminación de la conducta*”<sup>237</sup>. Parece ser que el CED prefiere una interpretación objetiva de este elemento y que desapruueba su utilización para sobrecargar el tipo con exigencias subjetivas no requeridas por la definición de la Convención. Finalmente, el Comité prefiere que la tipificación penal se realice exactamente en los mismos términos de la definición convencional. Aunque a primera vista parece que el Comité asume una

---

<sup>236</sup> RODLEY/POLLARD, op. cit., pp. 336-337.

<sup>237</sup> CED. *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, aprobadas por el Comité en su cuarto período de sesiones (8 a 19 de abril de 2013)*. CED/C/FRA/CO/1 (8 de mayo de 2013), párr. 12-13.

posición similar a la de RODNEY y POLLARD, es demasiado pronto para extraer conclusiones definitivas y habrá que esperar mayores clarificaciones sobre la naturaleza jurídica de la sustracción.

ANDERSON, a su vez, cree que la redacción de la norma permite a los Estados optar por la incorporación de la sustracción como un elemento conceptual. Sin embargo, considera que no sería prudente para los Estados seguir esa línea, dado que durante la negociación del tratado, la opinión dominante en el seno del Grupo de Trabajo de composición abierta y las asociaciones de familiares de detenidos desaparecidos durante la negociación del tratado era favorable a la consideración de la sustracción como una consecuencia<sup>238</sup>. El resto de la doctrina considera que la sustracción a la protección de la ley es una consecuencia de los elementos anteriores, aunque no ahonda en la explicación de esta posición<sup>239</sup>.

La objetivación de la sustracción a la protección de la ley parece ser una solución razonable y, en definitiva, no conllevaría mayores obstáculos prácticos si no se distorsiona su comprensión. Enfocar la sustracción a la protección de la ley en términos objetivos, en cierta medida, implica considerar que se trata de una consecuencia generada por la concurrencia de los otros elementos, especialmente, la denegación de información, dado que es la falta de información sobre la situación de la víctima la que imposibilita el ejercicio de los recursos legales. Por otro lado, una interpretación subjetiva es rechazable, porque obligaría a probar una intención específica del autor consistente en un deseo o voluntad de aislar a la víctima de la protección del Derecho. La prueba de un elemento subjetivo de esa naturaleza sería extremadamente compleja.

De todas maneras, el problema de la naturaleza jurídica de la sustracción no ha sido debidamente resuelto por los redactores de la Convención. Quizás pueda aceptarse que la solución de la “*ambigüedad constructiva*” era la única alternativa para destrabar el debate. Sin embargo, no es posible compartir lo “constructivo” de la solución, porque

---

<sup>238</sup> ANDERSON, op. cit., p. 273.

<sup>239</sup> El resto de la doctrina considera que la sustracción a la protección de la ley es una consecuencia de los elementos anteriores, aunque no ahonda en la explicación de esta posición. Cfr. CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 521; CAPELLÀ I ROIG, “Las «desapariciones forzadas» en España durante la guerra civil y el franquismo...”, cit., p. 271; HALL, op. cit., p. 269; PÉREZ SOLLA, op. cit., pp. 11, 16 y 19; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 273. Extrañamente, MANERO SALVADOR, Ana. “Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 28, 2012, pp. 109-110 y STEVENS, op. cit., p. 377, incluyen la sustracción entre los elementos conceptuales.

la discrecionalidad que se pretende dar a los Estados puede incidir negativamente en el proceso de tipificación interna, generando como resultado la creación de tipos demasiado abstractos y exigentes, poco comprensibles y difícilmente aplicables en la práctica.

El resto de los instrumentos internacionales tampoco resuelven adecuadamente el problema. En la CIDFP este elemento se expresa de una manera defectuosa, ya que la definición alude únicamente al “*ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*”. La interpretación literal de esta expresión puede conducir a resultados absurdos, porque en la práctica la situación de indefensión jurídica de la persona desaparecida puede generarse por una pluralidad de motivos y no sólo por la falta de acceso a los recursos procesales. De hecho, en muchos contextos los familiares tienen acceso a los recursos, pero el problema es que su ejercicio resulta absolutamente ineficaz<sup>240</sup>.

## **4.2. Las exigencias adicionales a la sustracción a la protección de la ley**

Se ha anticipado que la sustracción a la protección de la ley fue incluida en la definición de la Convención Internacional sin ninguna exigencia adicional. Sin embargo, la definición del ER contempla la sustracción con algunas peculiaridades, incorporando exigencias de carácter temporal e intencional. Ambas clases de exigencias serán analizadas de manera separada, aludiéndose al debate que se suscitó durante los trabajos preparatorios de la Convención Internacional y las posibles interpretaciones que surgen de su incorporación en la definición del ER.

### **4.2.1. La exigencia temporal**

La exigencia temporal de la sustracción a la protección de la ley requiere que dicha sustracción dure un período prolongado de tiempo. Se trata de un requisito

---

<sup>240</sup> Dado que el tópico ha sido regulado de una manera muy restringida en la CIDFP, algunos autores prefieren la fórmula más amplia de la CIPPDF. Cfr. CLAUDE, Ophella. “A Comparative Approach to Enforced Disappearances in the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights Jurisprudence”, *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 5, 2010, p. 429; PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 13.

problemático que ha generado mucha discusión y que sólo ha sido incorporado en la definición del ER.

Esta exigencia temporal es criticable desde un enfoque práctico y realista. No son pocos los casos de desapariciones forzadas en que la víctima es ejecutada al cabo de un breve lapso de tiempo contado desde la privación de libertad, con lo cual la exigibilidad de un requisito temporal podría impedir que esos casos fuesen tratados como desapariciones forzadas<sup>241</sup>. Tal como han señalado SCOVAZZI y CITRONI, “*una vez que el delito es cometido, su existencia no se altera por el hecho de que dure unas pocas horas o varios años*”<sup>242</sup>.

En los *travaux préparatoires* de la CIPPDF hubo alguna propuesta a favor de la incorporación de esta exigencia en la definición. Sin embargo, no existía unanimidad acerca de su interpretación. Las delegaciones favorables a su inclusión consideraban que en todos los casos de desapariciones forzadas transcurre “*algún tiempo entre la detención y la notificación del encarcelamiento*”<sup>243</sup>. Las delegaciones no expresaron su argumento de la mejor manera, porque en la desaparición forzada no se produce ninguna notificación del encarcelamiento, dado que se procede a denegar toda información sobre la situación de la persona privada de libertad. Probablemente, estas delegaciones entendían que la práctica de la desaparición forzada se caracteriza por el transcurso de un largo lapso de tiempo, desde que se pierde el rastro del desaparecido hasta que se obtenga alguna información sobre lo ocurrido.

Otras delegaciones sostenían que la expresión “*período prolongado*” era imprecisa, flexibilizaba el umbral de protección en perjuicio de las personas desaparecidas y representaba una exigencia innecesaria y perjudicial, porque desde la perspectiva de las garantías procesales del detenido era preferible no agregar elementos

---

<sup>241</sup> Cfr. LINGHAMMAR, op. cit., pp. 13-14; MCCRORY, op. cit., p. 552; MODOLELL GONZÁLEZ, “El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., p. 204; GTDFI, *Comentario General sobre la definición de desaparición forzada*, cit., párrs. 9-10. Para un caso práctico en que la persona desaparecida fue ejecutada el mismo día de su detención vid. TEDH. *Kukayev vs. Russia*, application no. 29361/02, judgment, 15 de noviembre de 2007, párrs. 90-91 y 107-108, afortunadamente tratado por el Tribunal como una desaparición forzada.

<sup>242</sup> SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 276: “*once the offence is committed, its existence is not altered by the fact that it lasts a few hours or several years*”.

<sup>243</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 22.

adicionales que dificultaren la interpretación de la definición<sup>244</sup>. Ésta es la postura que triunfó, de modo que el elemento temporal no fue incorporado.

#### 4.2.2. La exigencia de intencionalidad

El elemento intencional es otro de los requisitos que puede anexarse a la sustracción a la protección de la ley. Su finalidad consiste en exigir al autor una intención o propósito específico de sustraer a la víctima de la protección que le brinda el Derecho.

La discusión sobre la posibilidad de explicitar el elemento intencional en la definición de la CIPPDF no fue muy lúcida, probablemente porque se trata de una cuestión técnicamente compleja y vinculada a la dimensión subjetiva del delito. Es un tema cuyo estudio detallado corresponde más al Derecho penal internacional que al Derecho internacional de los derechos humanos.

Durante la preparación de la Convención, algunas delegaciones estimaban que el autor debía actuar sabiendo que su conducta formaba parte de un ataque sistemático y generalizado<sup>245</sup>. Claramente, se estaba haciendo referencia al elemento subjetivo de la definición del crimen de lesa humanidad, olvidándose que la desaparición forzada no siempre se comete en el marco de los elementos contextuales de esos crímenes. Una desaparición forzada cometida aisladamente, sigue siendo una desaparición forzada, aunque no asuma el carácter de crimen de lesa humanidad<sup>246</sup>.

Otras delegaciones, como la de Estados Unidos, argumentaban que la exigencia subjetiva representaba un elemento esencial para la configuración de la responsabilidad penal, siendo indispensable su incorporación al concepto de desaparición<sup>247</sup>. Asimismo,

---

<sup>244</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. E/CN.4/2004/59, cit., párr. 23.

<sup>245</sup> Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS, *La administración de justicia y los derechos humanos*, E/CN.4/Sub.2/1998/19, cit., párr. 25; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 40.

<sup>246</sup> Vid. Capítulo IV, § 3.6.1.1.

<sup>247</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 24 y 26; AG, *Acta resumida de la 45ª sesión*, A/C.3/61/SR.45, cit., párr. 12; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos"*, A/HRC/2/7, cit., Annex, p. 2.

se creía que esta exigencia era necesaria para diferenciar la desaparición de otros delitos que también implican la negación de información sobre el detenido<sup>248</sup>.

Por el contrario, había muchas delegaciones que se oponían a la mención explícita de la intencionalidad, argumentando que la prueba de un elemento intencional de esas características es muy difícil<sup>249</sup>. Según NOWAK, “*los autores sólo tienen por lo general la intención de secuestrar a la víctima sin dejar rastro alguno, a fin de llevarla a un lugar secreto con el propósito de interrogarla, intimidarla, torturarla o sencillamente asesinarla secretamente*”<sup>250</sup>, con lo cual no tienen una voluntad o intención específica de sustraer a la víctima de la protección jurídica.

Además, se consideraba que la sustracción a la protección de la ley no es una exigencia subjetiva, sino una consecuencia de la desaparición<sup>251</sup>. Se agregaba que la intencionalidad de la desaparición está implícita en la definición<sup>252</sup> y que la cuestión de la culpabilidad era un problema de Derecho interno<sup>253</sup>. Afortunadamente, la propuesta de explicitar la intencionalidad en la definición fue rechazada<sup>254</sup>.

Sin embargo, la definición del ER contiene una exigencia intencional relacionada con la sustracción a la protección de la ley. Antes de profundizar sobre esta cuestión, puede ser ilustrativo aclarar algunas cuestiones sobre las exigencias subjetivas generales de la desaparición forzada en el ER. Este tema está regulado en el artículo 30, que se refiere al aspecto subjetivo de los todos los crímenes de competencia de la CPI. Por su parte, en la definición de los crímenes de lesa humanidad se especifica que el autor debe tener el conocimiento de que su actuación forma parte de un ataque

---

<sup>248</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 24.

<sup>249</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 25; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 25.

<sup>250</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 74. Cfr. PACE, *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 47. En doctrina, cfr. ANDERSON, op. cit., p. 271; ESPOSITO/GENTILE/TRASPASSO, op. cit., n. 430; GALELLA, Patricio. “La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Un gran paso hacia una mayor protección en la lucha contra este fenómeno”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 21, 2010, p. 85; LINGHAMMAR, op. cit., pp. 14-15; RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 337.

<sup>251</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 25. Así lo ha sostenido el GTDFI, *Comentario general sobre la definición de desaparición forzada*, cit., párr. 5.

<sup>252</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 25; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 96.

<sup>253</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 25; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párrs. 95-96; AG, *Acta resumida de la 45ª sesión*, A/C.3/61/SR.45, cit., párrs. 8 y 12.

<sup>254</sup> En contra, vid. PACE, res. 1868 (2012), cit., párr. 6.2.2.

sistemático y generalizado contra una población civil<sup>255</sup>. Sin embargo, algunos de los crímenes de lesa humanidad contemplan exigencias subjetivas especiales cuya aplicación prima sobre las reglas generales<sup>256</sup>.

Así ocurre con la desaparición forzada, dado que los EC contienen requisitos subjetivos especiales<sup>257</sup>. En cuanto al elemento cognitivo del dolo, la identificación de su contenido varía dependiendo de la conducta constitutiva de que se trate. Respecto de la conducta de privación de libertad, se exige “[q]ue el autor haya sido consciente de que: a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas”<sup>258</sup>. Por su parte, en cuanto a la conducta denegatoria de información se dispone “[q]ue el autor haya sido consciente de que: b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad”<sup>259</sup>. La doctrina agrega que ambas conductas deben ser realizadas intencionadamente<sup>260</sup> y que el autor también debe tener conocimiento e intención sobre la autorización, apoyo o aquiescencia prestados por el Estado u la organización política<sup>261</sup>, aunque esta última exigencia parece ser algo excesiva.

Según WITSHELL y RÜCKERT, la especificación añadida a propósito de la privación de libertad es adecuada, porque permite eximir de culpabilidad a personas que hayan actuado de buena fe en la comisión de dicha conducta. Por otra parte, agregan que el dolo se configura aun cuando el autor no conoce la existencia de una conducta denegatoria posterior, bastando que la consciencia de que en el curso normal de los acontecimientos existe la probabilidad de que se deniegue la información sobre la víctima<sup>262</sup>.

---

<sup>255</sup> ER, cit., art. 7(1). Vid. ANDERSON, op. cit., pp. 258-259, destacando la dificultad de probar esta cuestión en los casos de desapariciones forzadas. Para un análisis del objeto del dolo en los crímenes de lesa humanidad tipificados en el ER, vid. AMBOS. *La Parte General del Derecho Penal Internacional*. Bases para una Elaboración Dogmática (2002). Ezequiel Malarino (trad.). Bogotá: Ducker & Humboldt/Konrad-Adenauer- Stiftung/Temis, 2005, pp. 401-406.

<sup>256</sup> AMBOS, *La Parte General de Derecho Internacional*, cit., pp. 388-389.

<sup>257</sup> SADAT. *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*. Ardsley: Transnational Publishers, 2002, pp. 140-141.

<sup>258</sup> EC, art. 7(1)(i), elemento 3(a).

<sup>259</sup> Íd., art. 7(1)(i), elemento 3(b).

<sup>260</sup> OTT, op. cit., pp. 182-183.

<sup>261</sup> Íd., p. 183.

<sup>262</sup> WITSHELL/RÜCKERT, op. cit., p. 103. Los EC, cit., n. 28 del elemento 3(a) del art. 7(1)(i), contienen una observación ambigua en relación con la subjetividad de un autor que mantiene detenido a

Tras estas útiles aclaraciones preliminares, debe tratarse el problema de la exigencia subjetiva relacionada a la sustracción de la protección de la ley. En general, la doctrina ha criticado la incorporación de este elemento en la tipificación de la desaparición<sup>263</sup>.

En opinión de HALL, la sustracción a la protección de la ley es una consecuencia de la denegación de información. Ahora bien, a pesar de la literalidad de la definición, que utiliza la palabra “*intención*”, este autor cree que el propósito de sustraer a la víctima a la protección de la ley está implícito en la conducta denegatoria de información. Por ende, es suficiente la prueba de la consciencia de la denegación de información, porque es esta conducta que sustrae a la víctima de la protección del Derecho, con lo cual no es necesaria la prueba de un conocimiento o intencionalidad adicional. El autor agrega que la realidad de la desaparición forzada y su *modus operandi* reflejan a simple vista un propósito de privar a la víctima de toda protección jurídica, siendo improcedente exigir pruebas excesivas sobre la intencionalidad de los autores<sup>264</sup>. Sin duda alguna, se trata de una interpretación razonable, que sorteas el problema de probar cuestiones subjetivas demasiado específicas.

Por su parte, MODOLELL GONZÁLEZ considera que la exigencia subjetiva es un elemento subjetivo del injusto, esto es, un fin abarcado por la intención del autor, pero cuya concreción no se requiere para la configuración del delito<sup>265</sup>. Otros autores, como WERLE, AMBOS y BÖHM, creen que se trata de un dolo específico o de un dolo más intenso<sup>266</sup>.

---

alguien que ya lo estaba, es decir, un autor a quien se le encarga la custodia de la víctima durante el período en que permanece privada de libertad. En ese caso, el elemento cognitivo del dolo sólo se configura si la negativa de información ya ha tenido lugar con anterioridad al momento en que se le encarga la custodia. Parece ser entonces, que según los EC, no podría satisfacer este elemento cognitivo aquella persona a quien se le encarga la custodia de una persona privada de libertad respecto de quien aún no se ha denegado la información.

<sup>263</sup> Cfr. ANDERSON, op. cit., p. 259; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 74.

<sup>264</sup> HALL, op. cit., pp. 269-270, 272-273 y n. 587. Concuerda con este autor, OTT, op. cit., pp. 185-186.

<sup>265</sup> Cfr. MODOLELL GONZÁLEZ, “La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos” cit., pp. 189-190; el mismo, “El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., p. 204; CorteIDH, *Gómez Palomino vs Perú*, cit., voto concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párr. 23.

<sup>266</sup> Cfr. AMBOS, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 427-428; AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 250; WERLE, op. cit., p. 531.



Ahora bien, la exigencia copulativa del elemento intencional y temporal del ER, puede generar más complicaciones. En efecto, se podría interpretar que el elemento temporal debe ser cubierto por el aspecto volitivo del dolo. En ese caso debería acreditarse que el autor, no sólo tuvo la intención de sustraer a la víctima a la protección de la ley, sino que quiso hacerlo por un período prolongado de tiempo.

Una interpretación de ese tipo debe ser rechazada. Si la prueba aislada de cada uno de estos componentes es difícil, la prueba conjunta de ambos bordearía los márgenes de la imposibilidad. Además, una interpretación de ese tipo conduciría a resultados absurdos, porque si hubiera un autor que sólo tiene intención de sustraer a la víctima a la protección de la ley por unas pocas horas o días, no podría ser responsabilizado dado que su dolo no abarcaría la exigencia temporal<sup>267</sup>.

En vista de todas estas complicaciones técnicas, LINGHAMMAR cree que la tipificación penal internacional de la desaparición forzada en el ER puede representar sólo un triunfo simbólico, ya que una interpretación demasiado formalista puede conducir a una aplicación demasiado restringida del tipo<sup>268</sup>. Si bien el pesimismo de este autor no es injustificado, habrá que esperar cómo se posiciona la CPI ante todos estos problemas, esperando que adopten soluciones racionales que no restrinjan exageradamente el ámbito de aplicación del tipo.

## CONCLUSIONES PRELIMINARES

El estudio del concepto de la desaparición forzada permite extraer las siguientes conclusiones:

### **1. La definición de la desaparición forzada está integrada por tres elementos: la privación de libertad, la denegación de información y el sujeto activo.**

De acuerdo con la opinión dominante, la noción de desaparición forzada se estructura sobre la base de tres elementos: la privación de libertad, la denegación de

---

<sup>267</sup> SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., pp. 275-276.

<sup>268</sup> LINGHAMMAR, op. cit., pp. 31-32.

información y el sujeto activo. La sustracción a la protección de la ley, en cambio, es una consecuencia de los elementos anteriores.

**2. La privación de libertad puede cometerse de cualquier manera, incluso pudiendo ser legal *ab initio*.**

La forma mediante la cual la víctima es privada de su libertad no tiene mayor importancia para la configuración jurídica de la desaparición. Generalmente, se realiza de una manera ilícita, mediante el secuestro o la detención ilegal. Pero también puede cometerse lícitamente, siempre que se cumplan los requisitos legales formales y materiales de la detención. Sin embargo, para que en este último caso se configure una desaparición forzada es necesario que en algún momento posterior, la privación de libertad se torne ilegal. Esta consecuencia, en principio, se produce cuando se deniega la información sobre la víctima.

**3. La denegación de información es el elemento conceptual distintivo de la desaparición forzada.**

La denegación de información identifica la desaparición forzada y permite diferenciarla de otros delitos. Su contenido se refiere a la suerte y paradero de la víctima. La concesión de la información sobre la persona privada de libertad debe realizarse sin requerimiento previo y dentro de un breve plazo que, preferiblemente, no exceda las cuarenta y ocho horas.

Conceptualmente, es importante no confundir la denegación de información como elemento definitorio de la desaparición forzada, con la obligación internacional de información. La naturaleza jurídica y el contenido de ambas son diferentes. La primera es un elemento conceptual y una conducta constitutiva de la desaparición forzada, mientras que la segunda es una obligación internacional del Estado. Además, la denegación de información tiene un contenido más acotado, que se refiere al paradero y destino de la víctima, mientras que la obligación de información obliga al Estado a proporcionar una información mucho más amplia.

**4. Tradicionalmente, la desaparición forzada ha sido considerada un delito estatal, pero la Convención Internacional y el ER aceptan la posibilidad de que agentes no estatales puedan cometer este delito, a pesar de las ambigüedades interpretativas que dejan irresueltas.**

De acuerdo con la postura dominante, la desaparición forzada es un delito de Estado, dado que su comisión viene realizada por agentes estatales o por agentes no estatales que actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, importantes tendencias defienden la ampliación de la responsabilidad hacia los agentes no estatales. Tanto es así, que el ER contempla la organización política entre los sujetos activos de la desaparición. Sin embargo, el problema estriba en identificar a qué sujetos se refiere este texto normativo. Se han barajado dos posturas: la primera considera que debe tratarse de sujetos similares o asimilables al Estado (*State-like organization*), mientras que una segunda posición maneja un concepto más amplio que incluye cualquier organización que persigue una finalidad política.

Por su parte, la fórmula adoptada por la CIPPDF es el resultado de un compromiso adoptado entre diferentes posturas antagónicas defendidas a lo largo de los trabajos preparatorios. Se trata de una fórmula muy ambigua que genera muchos problemas interpretativos. En este trabajo, sin embargo, se ha defendido una interpretación amplia de acuerdo a la cual el ámbito de aplicación de la Convención Internacional incluye hipótesis de desapariciones ejecutadas por agentes no estatales. Sin embargo, no está claro si la Convención pretende que todas las obligaciones consagradas en ella sean aplicables al Estado con independencia de la categoría de agente que comete la desaparición o si sólo algunas de dichas obligaciones son procedentes cuando el autor es un agente no estatal.

En este trabajo se ha clasificado al autor de la desaparición sobre la base de lo dispuesto en los diferentes instrumentos internacionales específicamente dedicados a la desaparición. Así, se ha distinguido entre agentes estatales y no estatales, atendido a su pertenencia a la estructura orgánica del Estado. A su vez, entre los agentes no estatales

se ha diferenciado los que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado y aquellos que actúan sin tener vínculo alguno con el aparato estatal.

Ahora bien, desde un punto de vista penal es necesario resolver algunos problemas dogmáticos que se suscitan a propósito de la capacidad de los agentes no estatales para incurrir en la conducta denegatoria de información sin que se vea comprometida el principio de no autoincriminación. Para el otorgamiento de información sobre la persona privada de libertad es necesario contar con una mínima estructura institucional que sea capaz de manejar esa información y comunicarla a los familiares y otros interesados. La entrega de información, en el fondo, tiene por objeto brindar una protección jurídica a las personas privadas de libertad.

En la doctrina no existe una opinión unánime al respecto, aunque la mayoría de los autores considera que la desaparición es un delito de infracción de deber. El problema estriba en determinar si los agentes no estatales también están obligados por un deber de información. Respecto de los agentes no estatales que actúan con el apoyo, la autorización o la aquiescencia del Estado, la fuente del deber se fundamentaría en esa vinculación con el aparato estatal. En cambio, respecto de los agentes desvinculados del Estado, la cuestión dependerá del concepto de agente no estatal que se adopte. Si se toma partido por una concepción restringida, podría exigirse al agente un deber de información, pero si se defiende un concepto amplio la fundamentación del deber pierde fuerza y sólo podría sustentarse en una suerte de deber general que recae sobre todo ciudadano para con la sociedad y que consiste en revelar la verdad sobre lo ocurrido con las víctimas.

En relación con lo dicho, se impediría la infracción del principio de no autoincriminación si se concluye que los agentes no estatales tienen un deber jurídico de otorgar información sobre la persona desaparecida.

##### **5. La sustracción a la protección de la ley es una consecuencia de los elementos definatorios anteriores.**

La sustracción a la protección de la ley no es un elemento de la definición de la desaparición, sino una consecuencia de los tres elementos anteriores que consiste en la

desprotección jurídica a la que es sometida la persona desaparecida. Tratándose de una consecuencia es inapropiado exigir la anexión de elementos conceptuales temporales o subjetivos relacionados con la sustracción a la protección de la ley.

Por tanto, debe criticarse la definición del ER en cuya virtud se requiere que la sustracción a la protección de la ley se realice por un periodo prolongado de tiempo y con el propósito específico de privar a la víctima de todo recurso jurídico. Se trata de exigencias que limitan exageradamente la configuración de la desaparición forzada y cuya prueba puede resultar muy compleja en un proceso judicial.

## **CAPÍTULO III: PARALELO ENTRE LA DESAPARICIÓN FORZADA Y OTRAS FIGURAS SIMILARES.**

### **ACLARACIONES PRELIMINARES**

La realidad demuestra que la desaparición forzada suele ser cometida en conexión con otras violaciones a los derechos humanos. Por otra parte, los tribunales internacionales de derechos humanos han asumido un enfoque pluriofensivo en la calificación jurídica de la desaparición, concluyendo que su comisión afecta varios derechos. Ambos antecedentes, en mi opinión, han contribuido a generar algunas confusiones entre la desaparición forzada y otras figuras afines.

Por ende, el objetivo de este capítulo es realizar un estudio comparativo conceptual entre la desaparición y estas figuras, específicamente, la ejecución extrajudicial, el secuestro, la tortura y las detenciones ilegales. Este tipo de paralelos, además, contribuye a la tarea de acotar con más precisión la noción de la desaparición forzada. Pues bien, los próximos apartados ofrecerán una visión panorámica sobre cada una de estas figuras afines, para luego destacar las principales similitudes y diferencias con la desaparición.

### **1. LA DESAPARICIÓN FORZADA Y LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL**

#### **1.1. Aproximación general a la ejecución extrajudicial**

La terminología utilizada para la identificación de las ejecuciones extralegales no es uniforme, ya que este ilícito suele identificarse con las expresiones “asesinatos extra-legales” (“*extra-legal killings*”), “asesinatos extrajudiciales” (“*extrajudicial killings*”) y “ejecuciones extrajudiciales” (“*extrajudicial executions*”)<sup>269</sup>. En este trabajo se preferirá esta última denominación<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 253, n. 26.

<sup>270</sup> El Relator Especial de Naciones Unidas sobre materia se denomina Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias. Vid. CDH, res. 1982/29, 11 de marzo de 1982, 133

Se trata de un ilícito que no está definido expresamente en un instrumento internacional, aunque existe una fuente de *soft law* dedicada especialmente a este crimen, a saber, los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* de 1989.

Según, RODLEY y POLLARD la ejecución extrajudicial es “*un asesinato cometido al margen de un proceso judicial por o con el consentimiento de un funcionario público, que no es el resultado del cumplimiento de una medida legal de protección de la vida y que tampoco ha sido cometido en el marco de un conflicto armado de conformidad con las normas del Derecho internacional humanitario*”<sup>271</sup>. Esta definición está conformada por los siguientes elementos conceptuales: 1) la muerte de la víctima; 2) la inexistencia de un debido proceso; 3) la estatalidad del sujeto activo; y 4) la ilegalidad.

Como se sabe, el derecho a la vida está ampliamente regulado en los tratados internacionales sobre derechos humanos<sup>272</sup>. Se trata de un derecho que no tiene un

---

posteriormente adoptada por el ECOSOC, res. 1982/35, 7 de mayo de 1982, que estableció el mandato del Relator Especial. Sin embargo, en otros instrumentos internacionales se asume la nomenclatura de “ejecuciones extralegales”. Cfr. DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES INTERNACIONALES DE LA ONU. *Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. Caracas, 25 de agosto a 5 de septiembre de 1980. A/CONF.87/14/Rev.1. Nueva York: Naciones Unidas, 1981, pp. 8-9; *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, recomendados por el ECOSOC en la res. 1989/65, 24 de mayo de 1989.

<sup>271</sup> RODLEY/POLLARD, op. cit., pp. 252-253: “*killing committed outside the judicial process by, or with the consent of, public officials, other than as necessary measures of law enforcement to protect life or as acts of armed conflict carried out in conformity with the rules of international humanitarian law contemplating the killing in question*”. Estos autores han elaborado la noción basándose en el marco normativo internacional sobre el derecho a la vida y en la *Ley de Protección de las Víctimas de Tortura* estadounidense. Vid. *Torture Victim Protection Act of 1991*. 102nd Congress (1991-1992). H.R.2092.ENR, section 3(a): “*EXTRAJUDICIAL KILLING- For the purposes of this Act, the term 'extrajudicial killing' means a deliberated killing not authorized by a previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. Such term, however, does not include any such killing that, under international law, is lawfully carried out under the authority of a foreign nation*” [ASESINATO EXTRAJUDICIAL- Para los propósitos de esta ley, la expresión ‘asesinato extrajudicial’ significa un asesinato deliberado sin que haya mediado autorización de una sentencia pronunciada por un tribunal regularmente constituido, con el respeto de todas las garantías judiciales reconocidas como imprescindibles por los pueblos civilizados. Esta expresión, de todos modos, no incluye ningún asesinato que, de acuerdo con el Derecho internacional, es cometido legalmente conforme la autoridad de una nación extranjera].

<sup>272</sup> Cfr. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (en adelante, UDHR), aprobada y proclamada por la AG en su res. 217 A (III), 10 de diciembre de 1948, art. 3; PIDCP, cit., art. 6(1); *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (en adelante, DADH). Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, art. I; CADH, cit., art. 4; *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (en adelante, CEDH), Consejo de Europa, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entrado en vigor el 3 de septiembre de 1953, UNTS, vol. 213, p. 122, art. 2; CADHP, cit., art. 4; ACHR, cit., art. 5.

carácter absoluto, ya que existen casos muy excepcionales en que su afectación se considera lícita. En el marco del Derecho internacional es posible identificar tres excepciones generales; a saber: 1) la imposición de la pena de muerte; 2) la aplicación de una medida legal; y 3) el conflicto armado. Estas tres excepciones están reguladas por el Derecho internacional y su justificación sólo es procedente si se han respetado estrictos estándares normativos que se justifican en la irreversibilidad de la muerte<sup>273</sup>. Pues bien, la ejecución extrajudicial se configura cuando la privación del derecho a la vida no puede justificarse en ninguna de las excepciones anteriores. En otras palabras, la ausencia de tales excepciones implica que la privación de la vida es ilegal y la ilegalidad de la muerte es uno de los elementos definitorios de la ejecución extrajudicial.

Es importante no confundir las ejecuciones extrajudiciales con los asesinatos selectivos. Según un informe de Philip ALSTON en su calidad de Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, “*un asesinato selectivo consiste en el uso intencional, premeditado y deliberado de la fuerza letal por parte de los Estados*

---

<sup>273</sup> En el caso de la pena de muerte, el estándar principal es el debido proceso. Según el HRC, *Observación General N° 6*. Artículo 6 - Derecho a la vida, en ONU. *Instrumentos internacionales de derechos humanos*, cit., p. 206, párr. 7, la pena de muerte sólo puede ser impuesta tras un juicio justo tramitado ante un tribunal competente, respetándose las garantías procesales generales, tales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el derecho a revisión y procurando aplicar las garantías específicas del derecho al perdón y la petición de conmutación de la pena.

En cuanto a las medidas legales, los estándares vienen fijados por el *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, adoptado por la AG en su resolución 34/169, 17 de diciembre de 1979 y 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, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990. El artículo 3 del *Código de Conducta* y el principio 9 de los *Principios Básicos* contemplan dos principios que deben aplicarse para limitar la afectación del derecho a la vida basada en el cumplimiento de una ley: la proporcionalidad y la necesidad. En general, la proporcionalidad regula la relación de equilibrio que debe mediar entre el grado de fuerza a utilizar y la legitimidad del objetivo que se pretende obtener. La regla es que el uso de la fuerza letal se justifica sólo si el objetivo perseguido es la protección de la vida de terceros. En cambio, la necesidad impone reducir al mínimo la fuerza aplicada, de modo tal que el daño que se ocasione sea el menos perjudicial. Sobre estos estándares cfr. AG. *Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*. Nota del Secretario General. Informe provisional sobre la situación mundial con respecto a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias presentado por Philip Alston, Relator Especial, de conformidad con el párrafo 20 de la resolución 59/197 de la Asamblea General. A/61/311 (5 de septiembre de 2006), párrs. 34-45; ALSTON, Philip. “The CIA and Targeted Killings beyond Borders”, *Harvard Law School National Security Journal*, vol. 2, issue 2, 2011, pp. 254-260.

También en el marco de los conflictos armados existen algunos estándares generales. Un primer criterio es la existencia de un conflicto armado. Un segundo estándar exige que el objetivo sea un combatiente y, por ende, que esté participando directamente en las hostilidades. Si el conflicto armado es no internacional, el status de combatiente de quienes luchan a nombre de la parte beligerante que no es el Estado dependerá de la pertenencia a un grupo armado no estatal. Un tercer estándar general implica que se respete el principio de proporcionalidad del Derecho internacional humanitario. Sobre estos criterios, cfr. ALSTON, op. cit., pp. 301-302; AMBOS, Kai/ALKATOUT, Josef “¿Se hizo justicia? La legalidad del asesinato de Bin Laden según el Derecho internacional”, Natalia Barbero (trad.), *Cuadernos de Política Criminal*, n° 104, II, época II, octubre 2011, pp. 7-11 y 14-20.



o sus agentes actuando con apariencia de legalidad, o por un grupo armado organizado en un conflicto armado contra un individuo determinado que no está bajo la custodia física del perpetrador”<sup>274</sup>.

El elemento distintivo del asesinato selectivo consiste en el uso de la fuerza letal de una manera intencional y premeditada contra un individuo previamente determinado por el autor<sup>275</sup>. A diferencia de la ejecución extrajudicial, que por definición es contraria a los estándares del Derecho internacional humanitario y del Derecho Internacional de los derechos humanos, los asesinatos selectivos pueden ser legales en el contexto de un conflicto armado, siempre que se respetan ciertos estándares normativos de protección<sup>276</sup>. La polémica contemporánea sobre este tipo de asesinatos se produce porque se recurre a esta práctica con demasiada amplitud y sin cumplir con los estándares internacionales de salvaguarda.

Para redondear, la ejecución extralegal es un crimen que implica una vulneración al derecho a la vida y que no puede ser justificado por alguna de las excepciones antes reseñadas. La ilegalidad de la muerte es el elemento distintivo de este crimen y que permite diferenciarlo del asesinato selectivo, en cuanto éste puede ser legal si respeta algunos estándares internacionales. Aclarado el marco conceptual y normativo de la ejecución extralegal, será más sencillo comprender sus similitudes y diferencias con la desaparición forzada.

---

<sup>274</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston*. Addendum. Study on Targeted Killings. A/HRC/14/24/Add.6 (28 de mayo de 2006), párr. 1. La noción es reciente y comenzó a ser utilizada desde que el Gobierno de Israel divulgara la existencia de una política estatal de asesinatos selectivos puesta en marcha por las Fuerzas de Defensa de Israel en el año 2000. Al respecto, vid. BEN-NAFTALI, Orna/MICHAEL, Keren R. “«We Must Not Make a Scarecrow of the Law»: A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings”, *Cornell International Law Journal*, vol. 36, issue 2, spring 2003, pp. 233-292, especialmente, pp. 238-ss., donde se hace referencia a los orígenes de esta política en el contexto de la Segunda Intifada. En el presente se recurre a los asesinatos selectivos utilizándose diversos métodos, con el fin de asesinar presuntos terroristas. Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston*, A/HRC/14/24/Add.6, cit., párr. 7. El uso de aviones tripulados y el asesinato de Osama Bin Laden constituyen hechos que han incrementado el interés de la academia sobre la materia. Cfr., v. gr., ALSTON, op. cit., pp. 283-446, especialmente, pp. 295-298, sobre el concepto de asesinatos selectivos; AMBOS/ALKATOUT, op. cit., pp. 5-26.

<sup>275</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston*, A/HRC/14/24/Add.6, cit., párr. 9; ALSTON, op. cit., p. 298.

<sup>276</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston*, A/HRC/14/24/Add.6, cit., párr. 10; ALSTON, op. cit., pp. 295 y 304.

## **1.2. Paralelo con la desaparición forzada**

### **1.2.1. Semejanzas**

Tomándose en consideración los elementos conceptuales de ambas figuras, es posible constatar que la principal similitud dice relación con el sujeto activo.

#### **1.2.1.1. El sujeto activo**

Una primera semejanza entre la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial es la estatalidad del sujeto activo. En las ejecuciones extrajudiciales debe tratarse de un funcionario público que actúa directamente en la comisión del hecho o que presta su consentimiento para que el mismo sea llevado a cabo por un tercero. Esta semejanza sólo sería válida si se toma posición por la tesis tradicional sobre la exclusividad estatal del autor de las desapariciones, aunque ya se ha revisado el debate que ha surgido sobre la posibilidad de que los agentes no estatales también puedan cometer este crimen.

En la práctica, la mayoría de las ejecuciones extrajudiciales son realizadas por el Estado, con lo cual el debate sobre la posibilidad de una autoría no estatal aún no ha sido abordado en los foros internacionales. Sin embargo, desde un plano teórico cabe la pregunta sobre la titularidad de los agentes no estatales para la comisión de las ejecuciones extrajudiciales. En efecto, la posibilidad de que los agentes no estatales cometan violaciones a los derechos humanos configura un problema de carácter transversal, que debería ser analizado en términos generales y en relación a cada violación.

### **1.2.2. Diferencias**

Es posible destacar cuatro diferencias entre los ilícitos analizados, relacionadas con la privación de libertad, la denegación de información, la sustracción a la protección de la ley y la muerte de la víctima.

### **1.2.2.1. La privación de libertad**

La privación de libertad, elemento esencial de la desaparición forzada, no es necesaria para la configuración de la ejecución extrajudicial. En efecto, la ejecución puede ser cometida contra una persona que no estaba privada de libertad. Sin perjuicio de lo anterior, es usual que en la práctica de las desapariciones la víctima sea ejecutada al cabo de un tiempo, pero no significa que la privación de libertad sea un elemento conceptual compartido por estos dos ilícitos.

### **1.2.2.2. La denegación de información**

Sin duda, la denegación de información es la principal diferencia entre ambas figuras, dado que se trata de un elemento que no requerido para la configuración de la ejecución extrajudicial<sup>277</sup>.

Los supuestos difíciles en que resulta complejo determinar si el hecho corresponde a una desaparición forzada o a una ejecución extrajudicial pueden ser resueltos sobre la base de la presencia o ausencia de la denegación de información. Si bien en la jurisprudencia internacional escasean las sentencias que hayan abordado en profundidad la diferenciación entre desaparición forzada y ejecución extralegal, el caso *Durand y Ugarte vs. Perú* de la CorteIDH es sugerente. Los hechos del caso se remiten a un amotinamiento ocurrido en el establecimiento penitenciario “Ex-El frontón” en el que un centenar de reclusos perdió la vida a consecuencia del uso desproporcionado de la fuerza durante la debelación del motín. Sin embargo, el hecho que más interesa para los efectos de este epígrafe fue la falta de diligencia en la identificación de los cadáveres y restos óseos de los reclusos fallecidos. Los restos de las víctimas del caso, Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, ni siquiera fueron encontrados. La CorteIDH, a pesar de reconocer la probabilidad de que ambos reclusos hayan fallecido durante la debelación del motín, consideró que se habían producido desapariciones forzadas, porque el Estado no había realizado un manejo pertinente de la búsqueda y entrega de la información sobre la suerte de los reclusos<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> Cfr. COURTNEY, op. cit., p. 682; VERMULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 486.

<sup>278</sup> CorteIDH. *Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n° 68, párrs. 59, 109, 124, 128, 130 y 143

En otro caso, *Anzualdo Castro vs. Perú*, la CorteIDH declaró *obiter dicta* que la diferencia entre la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial estriba en la denegación de información<sup>279</sup>.

El TEDH también ha prestado importancia a la denegación de información para la solución de un caso límite. En el caso *Kukayev vs. Russia*, se tuvo por acreditado que la víctima había sido ejecutada el mismo día en que había sido privada de libertad, aunque los familiares no tuvieron noticia alguna de su paradero y destino por más de cinco meses. El TEDH trató el caso como una desaparición forzada, porque las autoridades habían denegado información sobre las víctimas<sup>280</sup>.

En el *Comentario general sobre la definición de desaparición forzada*, el GTDFI ha defendido la misma posición respecto de supuestos en que la persona desaparecida es ejecutada al cabo de un breve tiempo transcurrido desde la detención, señalando que el elemento decisivo para considerar si se ha configurado una desaparición forzada es la denegación de información por parte de la autoridad<sup>281</sup>.

### **1.2.2.3. La sustracción a la protección de la ley**

Uno de los elementos conceptuales de la ejecución extralegal es la ausencia de un debido proceso. Este elemento es bastante similar a la sustracción a la protección de la ley.

Si se trata de una diferencia o similitud dependerá de la naturaleza jurídica que se le atribuya a la sustracción a la protección a la ley. Anteriormente, se ha explicado en detalle que este elemento puede ser interpretado de diferentes maneras<sup>282</sup>. Si se adopta una posición objetiva que entiende la sustracción como una situación de hecho consistente en una desprotección jurídica de la víctima, podría haber una similitud entre la sustracción y la ausencia del debido proceso que caracteriza una ejecución extrajudicial. En ambos casos la víctima estaría imposibilitada para el ejercicio de las garantías procesales. Si la sustracción se interpreta como una consecuencia, puede que

---

<sup>279</sup> CorteIDH. *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C n° 202, párr. 91.

<sup>280</sup> TEDH, *Kukayev vs. Russia*, cit., párrs. 90-91 y 107-108.

<sup>281</sup> GTDFI, *Comentario General sobre la definición de desaparición forzada*, cit., párrs. 9-10.

<sup>282</sup> Vid. Capítulo II, § 4.1.

la similitud subsista, dado que el contenido de la sustracción seguiría siendo la desprotección jurídica de la víctima. Finalmente, si la sustracción se interpreta en términos subjetivos, habría que descartar la presencia de una similitud, dado que en la ejecución extrajudicial la ausencia del debido proceso es una circunstancia de hecho y no una exigencia subjetiva.

#### **1.2.2.4. La muerte de la víctima**

La muerte de la víctima es un elemento conceptual de la ejecución extrajudicial, pero no de la desaparición, ya que ninguna de las definiciones internacionales la exige.

En la jurisprudencia internacional y la doctrina, se suele afirmar que la desaparición forzada es una violación pluriofensiva de derechos humanos, aunque no existe unanimidad sobre la identificación de los derechos vulnerados. La tesis de la pluriofensividad se ha generado a causa de una consagración tardía del derecho a no ser sometido a desaparición forzada, concretada en el artículo 1(1) de la CIPPDF. Frente a la ausencia de un derecho de esta naturaleza, los tribunales y órganos internacionales de supervisión han asumido el enfoque pluriofensivo. Así, ante casos de desapariciones, la CorteIDH, el TEDH y el HRC se han preocupado de constatar si se vulnera algunos de los derechos consagrados en los tratados cuya supervisión les corresponde. Esta manera de proceder ha generado un entramado de relaciones entre la desaparición y otros derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la vida.

Sin embargo, aunque en los hechos la desaparición forzada implica una afectación o un peligro de afectación para la vida de la víctima, desde el punto de vista técnico y conceptual no es necesario probar que ella ha fallecido. RODLEY y POLLARD, con mucha lucidez, han aclarado que la definición de la desaparición no puede tener entre sus elementos la presunción de la muerte de la víctima debido a varias razones, entre ellas, porque en muchas ocasiones las organizaciones de familiares son resistentes a la aceptación de la muerte de su ser querido; porque han habido casos en que los desaparecidos reaparecen al cabo de un tiempo y porque asumir la muerte la víctima

puede representar un desincentivo para que los Estados cumplan con la obligación de buscar y proporcionar información<sup>283</sup>.

Además, desde un punto de vista técnico, la esencia de la desaparición es la incertidumbre sobre el estado de la víctima y no la constatación de su muerte, con lo cual puede haber desaparición sin que se constate la muerte de la víctima<sup>284</sup>.

Desde otra perspectiva de análisis, es posible trazar una diferencia adicional con respecto a este elemento. Se ha explicado que la ejecución extrajudicial puede ser lícita si se configura algunos de los supuestos de excepción aludidos. En este sentido, puede concluirse que la prohibición de una ejecución extrajudicial no es absoluta. En cambio, la prohibición de la desaparición forzada no contempla excepción alguna y será siempre ilícita en cualquier circunstancia.

## **2. LA DESAPARICIÓN FORZADA Y EL SECUESTRO**

### **2.1. Aproximación general al secuestro**

El tratamiento que el Derecho internacional público ha destinado al secuestro es fragmentario, esporádico y poco sistemático, ya que su regulación internacional ha surgido desde diferentes flancos, pudiendo destacarse la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada transnacional<sup>285</sup>, el secuestro de niños<sup>286</sup> y la entrega judicial

---

<sup>283</sup> RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 333. Cfr. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 175.

<sup>284</sup> CorteIDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., voto Razonado del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párrs. 15 y 16.

<sup>285</sup> Sobre la práctica del secuestro por parte de las organizaciones terroristas, vid. ECOSOC. COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL. *Cooperación internacional en prevenir, combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas*. Informe del Secretario General. E/CN.15/2003/7 (5 de marzo de 2003), párrs. 17-28. Entre los tratados internacionales vinculados con el terrorismo, se refieren indirectamente al secuestro los siguientes: *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos*, adoptada por la AG en su res. 3166 (XXVIII), 14 de diciembre de 1973 y entrada en vigor el 20 de febrero de 1977, *UNTS*, vol. 1035, p. 167, cuyo art. 2(1)(a) incluye al secuestro como uno de los delitos que pueden cometerse contra las personas internacionalmente protegidas; *Convención Europea para la supresión del terrorismo*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 27 de enero de 1977, entrada en vigor el 4 de agosto de 1978, *UNTS*, vol. 1137, p. 93, cuyo art. 1(d) prescribe que el secuestro y la toma de rehenes no se consideran delitos políticos para los efectos de la extradición.

<sup>286</sup> *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, La Haya, 25 de octubre de 1980, entrado en vigor el 1 de diciembre de 1983, *UNTS*, vol. 2241, p. 424.

ilegal, o sea, la que tiene por finalidad someter a juicio una persona en un Estado distinto de aquél en que es secuestrada<sup>287</sup>.

El secuestro tiene una figura similar, aunque no idéntica, en el marco del Derecho internacional humanitario: la toma de rehenes<sup>288</sup>. Tanto el secuestro como la toma de rehenes son actos contrarios al Derecho internacional y el CS se ha encargado de confirmarlo, condenando enfáticamente ambos ilícitos<sup>289</sup>.

Para el análisis comparativo que se ha propuesto en esta sección del trabajo, sólo se hará referencia al secuestro en términos generales, ya que adentrarse en sus diversas modalidades requiere un esfuerzo que no puede ser realizado en este trabajo.

De acuerdo con una resolución del ECOSOC sobre la cooperación en la prevención, combate y eliminación del secuestro y la prestación de asistencia a las

---

<sup>287</sup> La bibliografía sobre el secuestro seguido de entrega judicial es abundante, de modo que la cita de las siguientes obras, sólo es una muestra ejemplificativa: COSTI, Alberto. “Problems with Current International and National Practices Concerning Extraterritorial Abductions”, *Yearbook of the New Zealand Association for Comparative Law*, n° 8, 2002, pp. 57-99, especialmente, pp. 68-79, en las que el autor para revista a la práctica de tribunales y organismos internacionales de derechos humanos; RONZITTI, Natalino. “La cattura di un individuo all’estero: in margine al caso Argoud”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. XLVIII, fasc. 1, 1965, pp. 64-ss.; ROUSSEAU, Charles. “L’aménagement de compétences en droit international”, *Revue Generale de Droit International Public*, t. IV, 1930, p. 445, n. 71.

En el marco de la codificación privada, existe un Proyecto de Convención sobre la Competencia de los Tribunales que prohíbe el ejercicio de la competencia de un tribunal respecto de un imputado que es secuestrado con el fin de ser sometido a juicio. Vid. HARVARD RESEARCH. “Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime”, *The American Journal of International Law*, vol. 29, Supplement: Research in International Law, 1935, pp. 439-442, art. 16: “[i]n exercising jurisdiction under this Convention, no State shall prosecute or punish any person who has been brought within its territory or a place subject to its authority by recourse to measures in violation of international law or international convention without first obtaining the consent of the State or States whose rights have been violated by such measures” [en el ejercicio de la competencia de acuerdo con esta Convención, ningún Estado deberá procesar o castigar a una persona que haya sido llevada dentro de su territorio o en un lugar sujeto a su autoridad, mediante el uso de medidas que violen el Derecho internacional o las convenciones internacionales, sin antes obtener el consentimiento del Estado o Estados cuyos derechos hayan sido violados por tales medidas].

<sup>288</sup> *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes*, adoptada por la AG en su res. 34/146, Nueva York, 17 de diciembre de 1979 y entrada en vigor el 3 de junio de 1983, *UNTS*, vol. 1316, p. 205, art. 1, “Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará «el rehén») o la detenga, y amenace con matarla, hierirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención”. En cuanto a la regulación que el Derecho internacional humanitario destina a la prohibición de la toma de rehenes, cfr., ICG, cit., art. 3(b); IICG, cit., art. 3(b); IIICG, cit., art. 3(b); IVCG, cit., art. 3(b) y art. 34; PICG, cit., art. 75(2)(c); PIICG, cit., art. 4(2)(c); ER, cit., art. 8(2)(a)(viii) y art. 8(2)(c)(iii). Además, la toma de rehenes está prohibida por el Derecho internacional humanitario consuetudinario. Vid. HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, op. et vol. cit., “Rule 96. The Taking of Hostages is Prohibited”, pp 334-336.

<sup>289</sup> CS, res. 638 (1989), 31 de julio de 1989; el mismo, res. 619 (1988), 27 de julio de 1988; el mismo, res. 589 (1985), 18 de diciembre de 1985.

víctimas, el secuestro consiste en “*detener ilícitamente a una persona o personas en contra de su voluntad con la finalidad de exigir por su liberación un provecho ilícito o cualquier utilidad de tipo económico u otro beneficio de orden material, o a fin de obligar a alguien a que hiciera o dejara de hacer algo*”<sup>290</sup>. Esta definición está integrada por dos elementos: la privación de libertad y el provecho o utilidad ilícita.

Asimismo, un informe del Secretario General de la ONU sobre la *Cooperación Internacional en prevenir, combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas*, basándose en un estudio de Derecho comparado, destaca que la tipificación nacional del secuestro suele estar integrada por cuatro elementos: 1) la aprehensión ilegal, el rapto o la privación de libertad de un individuo sin su consentimiento; 2) el empleo de la violencia, la amenaza de violencia y/o el fraude y el engaño en la comisión del delito; 3) La retención de la víctima en un lugar que no podía encontrarse; 4) el objetivo específico de obtener beneficios económicos o financieros y/o influencia política o de otro tipo, inclusive mediante la práctica de la extorsión<sup>291</sup>. Tomando como referencia estas nociones se realizará un paralelo con la desaparición forzada.

## **2.2. Paralelo con la desaparición forzada**

### **2.2.1. Semejanzas**

A continuación se hará referencia a dos semejanzas principales: la privación de libertad y el carácter permanente del delito<sup>292</sup>.

#### **2.2.1.1. La privación de libertad**

---

<sup>290</sup> ECOSOC, res. 2002/16, *International cooperation in the prevention, combating and elimination of kidnapping and in providing assistance for the victims*, 24 de julio de 2002, párr. 1: “*unlawfully detaining a person or persons against their will for the purpose of demanding for their liberation an illicit gain or any other economic gain or other material benefit, or in order to oblige someone to do or not do something*”.

<sup>291</sup> COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL, *Cooperación internacional en prevenir, combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas*, E/CN.15/2003/7, cit., párr. 4.

<sup>292</sup> Cabe advertir que la permanencia no es un elemento conceptual de ninguno de estos crímenes, sino una característica clasificatoria que acarrea importantes consecuencias jurídicas. Pese a ello, se ha decidido hacer referencia a ella, dada la importancia de tales consecuencias. El carácter permanente de la desaparición forzada como hecho internacionalmente ilícito será estudiado en el Capítulo V.



La privación de la libertad de la víctima es un elemento común de la desaparición forzada y el secuestro. En ambos casos se trata de una privación ilegal de libertad, aunque puede asumir características diferentes en uno y otro caso.

En la desaparición la privación de libertad debe ser ilegal, aunque el inicio de la ejecución de la conducta se realice respetándose las exigencias normativas materiales y formales de la detención. En el secuestro es más difícil pensar en un acto de privación de libertad que sea legal *ab initio*. Probablemente, las hipótesis de secuestro en que pudiera presentarse una privación de libertad de esa índole, demandan la complicidad de los agentes estatales, ya que éstos son los únicos jurídicamente facultados para privar de libertad a una persona<sup>293</sup>. Un ejemplo de secuestro con una privación legal *ab initio* puede ser el de un sujeto detenido regularmente por las fuerzas de seguridad del Estado, pero luego puesto a disposición de una banda de criminales. La posibilidad teórica de que una detención legal *ab initio* puede proceder en el secuestro refuerza la idea de que la privación de libertad es un común denominador entre este delito y la desaparición forzada.

### **2.2.1.2. El carácter permanente del delito**

La desaparición forzada y el secuestro son dos ejemplos clásicos de delitos permanentes. En general, un delito penal permanente se caracteriza por el mantenimiento del estado antijurídico o por la prolongación temporal del período consumativo. La permanencia de un delito genera importantes consecuencias jurídicas. En el Derecho internacional también existen hechos ilícitos permanentes. De todas formas, la permanencia es un elemento común en ambos delitos, tanto desde la óptica del *ius puniendi*, como desde la mirada del Derecho internacional.

Puede haber alguna diferencia en lo que se refiere al momento en que cesa la consumación del delito. En el secuestro, en principio, coincide con la puesta en libertad de la víctima. Sin embargo, la desaparición forzada cesa con la puesta en libertad de la persona desaparecida o con la entrega de información sobre su destino y paradero.

---

<sup>293</sup> A menos que se trate de un delito flagrante, que generalmente faculta a cualquier persona a practicar la detención, siempre que se respeten algunos estándares de protección en favor del detenido.

## **2.2.2. Diferencias**

En cuanto a los elementos distintivos se destacará la calidad del sujeto activo, la conducta denegatoria de información, la sustracción a la protección de la ley y la exigencia de una ventaja o beneficio.

### **2.2.2.1. El sujeto activo**

En el secuestro el sujeto activo es de carácter privado, aunque puede ocurrir que se realice con la complicidad de agentes no estatales. En los hechos, el secuestro se realiza por bandas de criminales y con la finalidad de obtener una ventaja que suele ser económica. En cambio, según la opinión dominante el sujeto activo de la desaparición es estatal<sup>294</sup>.

Generalmente, si un agente estatal en el ejercicio de sus funciones priva ilegalmente a una persona de su libertad, no comete un secuestro, sino una detención ilegal y arbitraria<sup>295</sup>. Por ende, parece ser que el secuestro tiene una naturaleza esencialmente privada.

### **2.2.2.2. La denegación de información**

Una diferencia bastante clara entre ambas figuras es la denegación de información, presente en la desaparición forzada y ausente en el secuestro<sup>296</sup>. Se debe insistir, una vez más, en señalar que la denegación de información es una conducta muy propia de la desaparición y, en definitiva, un elemento distintivo que no se halla en ninguna otra violación de derechos humanos.

Pues bien, no se puede negar que en el secuestro hay cierta información de la víctima que se desconoce. Lo más probable es que desconozca el lugar en que se

---

<sup>294</sup> GIORGOU, op. cit., p. 1012.

<sup>295</sup> La comparación ente la desaparición y la detención ilegal se abordará en el § 4 del presente Capítulo.

<sup>296</sup> COURTNEY, op. cit., p. 682.

encuentra retenida o que no se sepa si se encuentra con vida. Sin embargo, la configuración del delito no exige la falta de información. Incluso, puede ocurrir que los secuestradores otorguen algún tipo de información sobre la víctima para conseguir la ventaja perseguida, por ejemplo, informando a los familiares que la víctima sigue viva y que se encuentra en poder de los malhechores<sup>297</sup>.

### **2.2.2.3. Sustracción a la protección de la ley**

La sustracción a la protección de la ley es otro elemento diferenciador. Se puede pensar que la víctima del secuestro no puede ejercer los atributos de su personalidad jurídica durante el cautiverio. Sin embargo, la sustracción a la protección de la ley es un elemento muy vinculado con el derecho de acceso a la justicia, derecho que en la desaparición se obstaculiza o imposibilita. En el secuestro, muy por el contrario, nada impide la denuncia del hecho y la activación de las vías institucionales estatales destinadas a intentar rescatar a la víctima, a la investigar el hecho y perseguir a los responsables.

La diferencia subsiste aun si se asume la posición que califica la sustracción a la protección de la ley como una exigencia subjetiva, ya que el secuestro no tiene exigencias subjetivas especiales. De todos modos, el análisis estrictamente penal de estas cuestiones dependerá de la formulación típica de las figuras. Puede que en algunos ordenamientos, la exigencia de un determinado beneficio sea considerada como un elemento subjetivo del tipo. Aun en ese caso, no hay una similitud con la desaparición, porque el contenido de la sustracción a la protección de la ley es distinto a la exigencia de una ventaja.

### **2.2.2.4. La exigencia de una utilidad, beneficio o ventaja**

Finalmente, la exigencia de una determinada ventaja o beneficio, en su forma de provecho ilícito, utilidad económica o imposición de que alguien realice una acción u omisión, es un elemento característico del secuestro y ajeno a la desaparición forzada.

---

<sup>297</sup> HUHLE, op. cit., p. 22.

En el informe del Secretario general de la ONU anteriormente citado, se realiza una clasificación del secuestro en base a los fines y el *modus operandi*, diferenciándose las siguientes categorías: a) el secuestro extorsivo, en virtud del cual se exige un rescate; b) el secuestro entre grupos delictivos o dentro de ellos, para el cobro de deudas o para obtener beneficios de diversa índole relacionados con la actividad criminal; c) el secuestro para fines de explotación sexual; d) el secuestro relacionado con conflictos intrafamiliares; e) el secuestro por motivos políticos o ideológicos; f) el secuestro que se realiza junto con otro acto delictivo, por ejemplo, un robo a mano armada; g) el secuestro simulado o fraudulento, en que la supuesta víctima actúa conjuntamente con otros autores, generalmente para obtener el pago de un rescate, convirtiéndose también ella en un autor<sup>298</sup>. Es posible apreciar que ninguna de estas finalidades está presente en la desaparición forzada, reconfirmando la plausibilidad de esta diferencia.

### **3. LA DESAPARICIÓN FORZADA Y LA TORTURA**

#### **3.1. Aproximación general a la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes**

La prohibición de la tortura ha recibido un proficuo tratamiento en el Derecho internacional de los derechos humanos, siendo consagrada en varios tratados generales<sup>299</sup> y en instrumentos internacionales específicamente dedicados a la materia<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL, *Cooperación internacional en prevenir, combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas*, E/CN.15/2003/7, cit., párr. 16.

<sup>299</sup> Cfr. UDHR, cit., art. 5; PIDCP, cit., art. 7; CADH, cit., art. 5(1); CEDH, cit., art. 3; CADHP, cit., art. 5; ACHR, cit., art. 13(a); *Universal Islamic Declaration of Human Rights*, Consejo Islámico de Europa, París, 21 Dhul Qaidah 1401/19 de septiembre de 1981, apartado VII; *Cairo Declaration on Human Rights in Islam*, Islamic Conference of Foreign Ministers, 5 de agosto de 1990, traducida al inglés en AG. *Status of Preparation of Publication, Studies and Documents for the World Conference*. Note by the Secretariat. Addendum. Contribution of the Organization of the Islamic Conference. A/CONF.157/PC/62/Add.18 (9 de junio de 1993), art. 20.

En cuanto al Derecho internacional humanitario, la prohibición de la tortura ha sido plasmada en diferentes instrumentos: ICG, cit., art. 12(2); IICG, cit., art. 12(2); IIICG, cit., arts. 13, 17(3), 87(2) y 89(2); IVCG, cit., arts. 27 y 31; art. (3)(1)(a) común a las cuatro CG; PICG, cit., art. 75(2)(a)(ii); PIICG, cit., arts. 4(1), 4(2)(a) y 4(2)(e). Además, se trata de una regla consuetudinaria aplicable tanto en conflictos armados internacionales y no internacionales. Vid. HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, op. et vol. cit., “Rule 90. Torture, Cruel or Inhuman Treatment and Outrages upon Personal Dignity, in Particular Humiliating and Degrading Treatment, are Prohibited”, pp. 315-319. De acuerdo con el ICG, cit. art. 50; IICG, cit., art. 51; IIICG, cit., art. 130 y IVCG, cit., art. 147, la tortura se considera un crimen de guerra.

La prohibición absoluta de la tortura tiene un indiscutible carácter de *ius cogens*. De acuerdo con MARIÑO MENÉNDEZ, “[I]a consolidación de la norma imperativa de Derecho internacional general que prohíbe la tortura y otros tratos inhumanos, de cuya vigencia universal no cabe ninguna duda razonable, se debe a su reiterada formulación como tal en decisiones de tribunales internacionales y a otras manifestaciones y comportamientos conformes que, como elemento material, dentro de la práctica jurídica internacional, han cristalizado en efecto la norma imperativa al mostrar en su conjunto la presencia de la opinio juris cogentis correspondiente a ella”<sup>301</sup>. Según este mismo autor, “en nuestra época la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes constituye el contenido de uno de los escasos principios generales sin cuya vigencia, como norma material, inderogable y universalmente exigible (erga omnes) de Derecho internacional positivo, carece de sentido afirmar la unidad del ordenamiento jurídico internacional e incluso que éste posea un fundamento dotado de algún significado verdaderamente universal y que no sea, por lo tanto, exclusivamente procedimental o presuntamente basado tan sólo en principios de equidad, si estos se entienden como instrumentos para modificar el contenido de prohibiciones inderogables, adecuándolas a las circunstancias del caso”<sup>302</sup>.

Las definiciones de tortura consagradas en los instrumentos son muy similares entre sí, aunque presentan importantes diferencias. Un análisis minucioso de la noción de tortura en el Derecho internacional supera los objetivos de este apartado, de modo que sólo se hará referencia al concepto consagrado en el artículo 1 de la *Convención*

---

Asimismo, el ER tipifica la tortura y los tratos inhumanos como crimen de lesa humanidad en el arts. 7(1)(f) y 7(2)(e) y como crimen de guerra en los arts. 8(2)(a)(ii) y 8(2)(c)(i). También tipifica como crimen de guerra los atentados y ultrajes a la dignidad personal en los arts. 8(2)(b)(xxi), 8(2)(c)(i) y 8(2)(c)(ii).

<sup>300</sup> *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la AG en su res. 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975; *Convención contra la Tortura*, cit.; *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (en adelante, CIPST), Asamblea General de la OEA, Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985 y entrada en vigor el 28 de febrero de 1987; *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes*, CPT/Inf/C (2002) 1, Estrasburgo, 26 de noviembre de 1987 y entrado en vigor el 1 de febrero de 1989.

<sup>301</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. “El Comentario General núm. 2 a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura: *de lege lata y de lege ferenda*”, en BADIA MARTÍ, Anna M<sup>a</sup>/PIGRAU SOLÉ, Antoni/OLESTI RAYO, Andreu (coords.). *Derecho Internacional y Comunitario ante los Retos de Nuestro Tiempo*. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia. 2 vols. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, t. 1 (El Derecho Internacional ante los retos de nuestro tiempo), p. 450.

<sup>302</sup> MARIÑO MENÉNDEZ. “En torno a la prohibición internacional de la tortura”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio et. al. (eds.), *Pacis Artes*. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos. 2 vols. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, 2005, t I (Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario y de la Unión Europea), p. 401.

*contra la Tortura*. Siendo éste el instrumento más importante sobre la materia en el plano universal, la definición que consagra suele ser considerada un referente para cualquier análisis, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Se trata de una “definición normativa del Derecho internacional general”<sup>303</sup>, que establece estándares mínimos para toda definición de tortura<sup>304</sup>.

Según esta noción, “se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Según la mayoría de los autores, esta definición está integrada por tres elementos nucleares; a saber: 1) el acto o conducta que inflige intencionadamente dolor o sufrimiento grave; 2) la finalidad o propósito; y 3) la autoría estatal<sup>305</sup>. Algunos autores consideran que la intencionalidad es un elemento independiente<sup>306</sup>.

Los instrumentos internacionales sobre la tortura, sin embargo, no contemplan una definición adecuada de los tratos crueles inhumanos y degradantes, lo que dificulta la identificación de las diferencias existentes entre este ilícito y la tortura. Por ejemplo, el artículo 16 de la *Convención contra la Tortura*, los define en sentido negativo,

---

<sup>303</sup> MARIÑO MENÉNDEZ. “Sobre el Proyecto de Observación General N° 2 a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura”, en VV. AA., *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales*. Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces Barba. 4 vols. Madrid: Dykinson, 2008, t. III, p. 829.

<sup>304</sup> Cfr. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 85; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH, Marina. “El concepto de tortura en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁZER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (eds.). *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. 2 vols. Madrid: Edisofer, 2008, t. II, p. 2272.

<sup>305</sup> Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ. “La Convención contra la Tortura”, en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, p. 246; RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 88; VILLÁN DURÁN, op. cit., pp. 386-387, quien denomina al primer elemento, elemento material; al segundo, elemento teleológico; y al tercero, sujeto activo cualificado.

<sup>306</sup> Cfr. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 28; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH, op. cit., p. 2272.

prescribiendo que “[t]odo 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, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”<sup>307</sup>.

La diferenciación entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes es esencial para efectos prácticos, porque generan obligaciones internacionales parcialmente distintas<sup>308</sup>. En el plano doctrinal y jurisprudencial, la determinación de criterios que permitan diferenciar con claridad la tortura de los tratos crueles inhumanos y degradantes, ha generado un atolladero de discusiones<sup>309</sup>.

Es muy difícil realizar una sistematización de todas las opiniones que se han emitido sobre este tema tan polémico. RODLEY y POLLARD han elaborado una clasificación de las posiciones sobre el punto, distinguiendo tres grandes enfoques. De acuerdo con el primero, la tortura exige que el dolor o sufrimiento tenga un plus de

---

<sup>307</sup> Para una crítica de esta disposición, VILLÁN DURÁN, op. cit., pp. 387-388.

<sup>308</sup> Sólo para hacer un ejemplo, según la *Convención contra la Tortura* el Estado tiene ciertas obligaciones generales en relación con la tortura; a saber: impedirla, prevenirla, reprimirla y garantizar vías jurídicas de recurso y reparación a las víctimas. De estas obligaciones generales, surgen obligaciones más específicas. Sin embargo, respecto de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Convención excluye algunas de esas obligaciones específicas. Específicamente, el art. 16 hace aplicables solamente las obligaciones plasmadas en los arts. 10 a 14, excluyendo implícitamente las obligaciones consagradas en los arts. 5 a 8 (obligaciones relativas al ejercicio de la jurisdicción), 9 (obligaciones de cooperación internacional), 14 (obligación de indemnización, reparación y rehabilitación) y 15 (obligación de privar de efectos procesales a las declaraciones obtenidas mediante tortura). Para el desglose de todas las obligaciones generales y específicas, tanto respecto de la tortura, como de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, vid. MARIÑO MENÉNDEZ, “La Convención contra la Tortura”, cit., pp. 246-249.

<sup>309</sup> Ni siquiera el Comité contra la Tortura de la ONU (en adelante, CAT) ha esclarecido del todo la cuestión en su última *Observación General n° 2*. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes. CAT/C/GC/2 (24 de enero de 2008), cuando reconoce en el párr. 3 que “[e]n la práctica, no suele estar claro el límite conceptual entre, los malos tratos y la tortura”. Afortunadamente, en el mismo párr. aclara que “la prohibición de los malos tratos tiene también carácter absoluto en la Convención, y que su prevención debe ser efectiva e imperativa”. Cfr. HRC. *Observación general N° 20*. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), en ONU, *Instrumentos internacionales de derechos humanos*, cit., pp. 239-241, párr. 4; el mismo, *Observación general N° 7*. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), en ONU, *Instrumentos internacionales de derechos humanos*, cit., pp. 211-212, párr. 2.

La polémica sobre este punto se encendió a propósito de dos casos sistema europeo de protección de derechos humanos. Cfr. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Report of the European Commission of Human Rights on the «Greek Case»*, en *Yearbook of the European Convention of Human Rights*, vol. 12, 1969, pp. 1-ss.; TEDH. Plenary. *Ireland vs The United Kingdom*, judgment, application no. 5310/71, 18 de enero de 1978. En ambos casos, se debía valorar si ciertos tratos cometidos contra algunos detenidos, configuraban tortura o tratos, crueles, inhumanos y degradantes. Para algunos comentarios doctrinales sobre estos casos, cfr. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 67-68; RODLEY/POLLARD, op. cit., pp. 83, 86, 87, 100-107, 124 y 127-128.

gravedad (*severe-plus approach*). Así, entre el trato inhumano y la tortura existe una diferencia en el umbral de gravedad del dolor o sufrimiento: el trato demandaría un nivel de gravedad estándar, a diferencia de la tortura, que requeriría una gravedad mayor. El segundo enfoque es una versión moderada del anterior, porque se centra también en la gravedad del dolor, pero sostiene que sólo la tortura alcanza el umbral de gravedad, mientras que los tratos inhumanos se configuran aunque no alcancen ese nivel de gravedad (*severe-minus approach*). Finalmente, la tercera postura, a diferencia de las dos anteriores, se centra en el propósito o finalidad. Detentando la tortura y los tratos inhumanos un mismo umbral de dolor, la primera se diferencia de la segunda porque persigue una finalidad específica (*purpose only approach*)<sup>310</sup>. A las tres posturas anteriores, podría ser agregada una cuarta, más radical, que defiende la eliminación de toda distinción entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>311</sup>.

Pues bien, estas referencias aproximativas serán de gran ayuda para comprender las relaciones entre la tortura y la desaparición forzada. Antes de abordar la comparación entre ambas figuras, se reflexionará sobre una posible identificación entre ellas. En otras palabras, se tratará de exponer si la tortura y la desaparición forzada, en cierta medida, se solapan entre sí.

### **3.2. La tortura y la desaparición: dos figuras conceptualmente diferentes pero contextualmente emparentadas**

En la jurisprudencia internacional y la doctrina se suele afirmar que la desaparición forzada es una violación pluriofensiva de derechos humanos. Si bien no

---

<sup>310</sup> RODLEY/POLLARD, op. cit., pp. 98-99. Para una crítica a la gravedad del sufrimiento como criterio distintivo, cfr. VILLÁN DURÁN, op. cit., pp. 388-390; NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 69, argumentado lo que sigue: “*In principle, every form of cruel and inhuman treatment (including torture) requires the infliction of severe pain or suffering. Only the case of particularly humiliating treatment might the infliction on non-severe pain or suffering reach the level of degrading treatment or punishment in violation of Article 16*” [En principio, todo tipo de trato cruel e inhumano (incluyendo la tortura) requiere la imposición de un dolor o sufrimiento grave. Sólo el caso del trato o pena especialmente degradante, podría hacer que la imposición de un dolor o sufrimiento no grave, alcance el nivel de trato o pena degradante violatorio del art. 16].

<sup>311</sup> Es una de las posturas que se barajó en los *drafts* de la *Observación General N° 2* del CAT. Sin embargo, la tesis no progresó por la oposición del Gobierno chino. Vid. MARIÑO MENÉNDEZ, “Sobre el Proyecto de Observación General N° 2 a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura”, cit., pp. 453-454.



existe un acuerdo unánime en la identificación de los derechos vulnerados, la prohibición de la tortura suele ser incluida entre ellos.

Esta conexión entre la desaparición forzada y la tortura, a mi juicio, se ha generado por varios factores. Uno de ellos de la consagración tardía del derecho a no ser sometido a desaparición. Como ha sido mencionado anteriormente, la inexistencia de este derecho obligó a los tribunales y órganos internacionales a asumir la tesis de la pluriofensividad, con sus ventajas y limitantes.

Otro factor que ha contribuido a la construcción de esta relación es el contexto fáctico que rodea la desaparición. Si la persona desaparecida está aislada de la protección del Derecho y no puede comunicarse con el mundo exterior, se genera un hábitat ideal para la comisión de la tortura<sup>312</sup>. De hecho, en la práctica la comisión de la desaparición va de la mano con la práctica de torturas.

Sin embargo, ANDERSON tiene razón cuando aclara que, más allá del dato estadístico, es en el campo jurídico dónde debe determinarse si existe alguna vinculación conceptual entre ambos ilícitos<sup>313</sup>. Un análisis comparativo conceptual permitirá concluir que se trata de dos figuras bastante distintas entre sí, de modo que se trata de ilícitos contextualmente emparentados, pero conceptualmente diferentes.

Lo primero que debe aclararse es si la desaparición forzada conlleva en todos los casos la comisión de torturas. Se sabe que en los hechos suele ser así, pero ¿ocurre lo mismo en el mundo del Derecho? Para contestar a esta pregunta se reflexionará sobre las relaciones contextuales entre ambos crímenes, centrandó el foco en las cuestiones probatorias. En primer lugar, la pregunta será abordada desde la perspectiva de la persona desaparecida. En segundo lugar, se procederá a realizar el mismo ejercicio en relación con los familiares del desaparecido y otras personas que sufran un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición.

---

<sup>312</sup> Así ha sido afirmado por la CorteIDH, en los casos siguientes: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 156; *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 164; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párr. 149; *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 66; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 128. En doctrina, vid. RODRÍGUEZ-PINZÓN/MARTIN, op. cit., p. 117.

<sup>313</sup> ANDERSON, op. cit., p. 261.

### 3.2.1. La relación entre tortura y desaparición desde la perspectiva de la persona desaparecida

Existen muchas estrategias para probar una conducta de tortura. Una de ellas consiste en identificar ciertos actos que en sí mismos se consideran tortura<sup>314</sup>. Cabe preguntarse, entonces, si la desaparición forzada es *per se* un acto de esta naturaleza. El artículo 1(2) de la DPPDF lo sostiene explícitamente. Lo mismo ha hecho el HRC en el caso *Mojica vs. República Dominicana*, pero sin profundizar sobre el punto<sup>315</sup>.

En la jurisprudencia internacional se ha sostenido que la detención incomunicada a que se somete la persona desaparecida es un acto que constituye tortura o trato cruel e inhumano. La detención incomunicada consiste en impedir que una persona privada de libertad tenga contacto con el mundo exterior<sup>316</sup>. La asimilación entre la detención incomunicada y la tortura ha sido defendida por el HRC, el GTDFI, la CorteIDH y la Sala de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina (en adelante, HRCBH)<sup>317</sup>. Por el contrario, la posición del TEDH ha sido más ambigua<sup>318</sup>.

---

<sup>314</sup> Sobre la tortura *per se*, vid. RODLEY/POLLARD, op. cit., pp. 95-97.

<sup>315</sup> HRC. *Mojica vs. República Dominicana*, comunicación n° 449/1991, 15 de julio de 1994, párr. 5.7, aunque debe precisarse que no habla de tortura, sino de la violación del art. 7 del PIDCP. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párrs. 75-76.

<sup>316</sup> Obviamente, se habla en sentido figurado de “mundo exterior”, haciéndose referencia a cualquier persona distinta a las autoridades públicas, ya que la existencia de contactos entre el detenido y el personal del centro de detención o cualquiera otra autoridad, no altera el carácter incomunicado de la detención. Vid. RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 461.

<sup>317</sup> El HRC ha sostenido esta posición en sus comentarios generales y al resolver quejas individuales, aunque no siempre ha sido uniforme en la identificación de la infracción, ya que en algunos casos habla de la violación del art. 7 del PIDCP en general; en otros, de una infracción a la prohibición de torturas y en un tercer grupo de precedentes, de tratos crueles, inhumanos y degradantes o simplemente de un trato cruel e inhumano. Cfr. *Observación general N° 7*. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), cit., párr. 2; *Observación general N° 20*. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), cit., párr. 11; *El-Megreisi vs. Libyan Arab Jamahiriya*, comunicación n° 440/1990, 23 de marzo 1994, párr. 5.4; *Mukong vs. Cameroon*, comunicación n° 458/1991, 21 de julio de 1994, párr. 9.4; *Laureano Atachahua vs. Peru*, comunicación n° 540/1993, 25 de marzo de 1996, párr. 8.5; *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka*, comunicación n° 950/2000, 31 de julio de 2007, párr. 9.5; *Bousroual (on behalf of Salah Saker) vs. Algeria*, communication 1085/2002, 15 de marzo de 2006, párr. 9.8; *Boucherf vs. Algeria*, comunicación n° 1196/2003, 30 de marzo de 2006, párr. 9.6; *Grioua vs. Algeria*, comunicación n° 1327/2004, 10 de julio de 2007, párr. 7.6; *Kimouche vs. Algeria*, comunicación n° 1328/2004, 10 de julio de 2007, párr. 7.6; *El Alwani vs. The Libyan Arab Jamahiriya*, comunicación n° 1295/2004, 1 de noviembre de 2012, párr. 6.5; *El Hassy vs. The Libyan Arab Jamahiriya*, comunicación n° 1422/2005, 24 de octubre de 2007, párr. 6.8. Para un comentario doctrinal sobre este tipo de casos, vid. ANDERSON, op. cit., pp. 262-263.

En cuanto a los precedentes de la CorteIDH, cfr. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párrs. 155 y 187; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párrs. 164 y 197; *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, cit., párr. 149; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párr. 150; “Niños de la Calle”

Cabe preguntarse si la detención incomunicada debe ser prolongada para que se califique de trato inhumano o tortura. Al respecto, la jurisprudencia de la CorteIDH es contradictoria. En algunos casos, se ha considerado que la incomunicación implica un trato cruel e inhumano, a pesar del corto período de tiempo de la detención, justificándose esta conclusión en el estado de indefensión y vulnerabilidad de la víctima y en la angustia que experimenta en dichas situaciones<sup>319</sup>. Sin embargo, en casos como *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, la Corte ha negado la existencia de tortura o tratos crueles e inhumanos debido a la corta duración de la detención incomunicada y la ausencia de pruebas capaces de acreditar la comisión efectiva de malos tratos<sup>320</sup>.

---

(*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n° 63, párrs. 162-164.

En cuanto al GTDFI, vid. CDH. *Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y en particular: cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias. E/CN.4/1983/14 (21 de enero de 1983), párr. 131.

También RODLEY ha defendido esta postura, en su calidad de Relator Especial. Vid. AG. *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/56/156 (3 de julio de 2001), párr. 14.

Finalmente, en cuanto a la HRCBH, la primera sentencia *Josip, Božana and Tomislav Matanović against Republika Srpska*, decision on the merits, case n° CH/96/1, 11 de Julio de 1997, párr. 60, no se pronunció sobre la prohibición de la tortura porque no se planteó la cuestión durante el procedimiento, aunque la opinión concurrente del juez Manfred NOWAK, párr. 9, concluyó que había sido violada dicha prohibición, en cuanto la detención incomunicada constituye un trato inhumano. Luego, en la sentencia *Avdo and Esma Palić against The Republika Srpska*, decision on admissibility and merits, case no. ch/99/3196, 11 de enero de 2001, párr. 74, la Cámara aplicó la misma tesis del HRC sobre la detención incomunicada.

En la doctrina, defiende esta posición VILLÁN DURÁN, op. cit., p. 388. Por su parte, para un comentario a la jurisprudencia internacional, vid. VERMEULEN, “«Living beyond Death»: Torture or other Ill-Treatment Claims in Enforced Disappearances Cases”, *Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, 2008, Issue 2, pp. 165-168. En el campo de la medicina se ha sostenido que la detención incomunicada prolongada es tortura, en base a las consecuencias físicas y psicológicas que padece la víctima. Vid. GAWANDE, Atul. “The United States Holds Tens of Thousands of Inmates in Long-Term Solitary Confinement. Is this Torture?” [En línea]. *The New Yorker*, 20 de marzo de 2009. Disponible en <[http://www.newyorker.com/reporting/2009/03/30/090330fa\\_fact\\_gawande](http://www.newyorker.com/reporting/2009/03/30/090330fa_fact_gawande)>. [Consulta: 12 de julio de 2014].

<sup>318</sup> En efecto, en un caso sobre desapariciones forzadas, *Taş vs. Turkey*, application no. 24396/94, judgment, 14 de noviembre 2000, párr. 76, el TEDH rechazó que la detención incomunicada per se configuraba una forma de tortura. Sin embargo, en casos que no se referían a desapariciones, ha declarado la violación del derecho a la vida familiar basada en la detención incomunicada y en la ausencia de una normativa interna que regule la comunicación del detenido con el mundo exterior. Cfr. TEDH, *Uçar v. Turkey*, application no. 52392/99, judgment, 11 de abril de 2006, párrs. 136-141; el mismo, *Sari and Çolak vs. Turkey*, application nos. 42596/98 and 42603/98, judgment, 4 de abril de 2006, párrs. 36-37.

<sup>319</sup> Cfr. CorteIDH. “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C No. 32, párrs. 162-164; la misma, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n° 99, párr. 98.

<sup>320</sup> CorteIDH. *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17, párrs. 64-65. Cfr. ANDERSON, op. cit., pp. 264-265.

Ahora bien, hay otro grupo de precedentes que no razonan sobre la base de actos considerados constitutivos de tortura en sí mismos, sino que exigen una prueba específica de que se ha cometido ese ilícito. Los casos más problemáticos de probar son aquéllos en que no existe una prueba directa. En tales hipótesis, surge el problema del estándar y los medios de prueba más adecuados para acreditar la tortura. Siendo la tortura un crimen que deja sus marcas en el cuerpo de la víctima, acreditar su comisión es difícil en los casos de desapariciones, dado que los restos mortales del desaparecido vienen ocultados o destruidos.

La CorteIDH ha sido razonable a la hora de valorar estos supuestos, adoptando un estándar de prueba flexible y aceptando la validez de medios de prueba indirectos como las presunciones. El Tribunal Interamericano también ha valorado si el caso sometido a su conocimiento se inserta en una situación estructural de violencia o en un contexto de prácticas generalizadas de violaciones a los derechos humanos. Si se logra acreditar una conexión entre el caso específico y el contexto, la Corte ha presumido la práctica de torturas y desapariciones, mediante la procedencia de pruebas indirectas. Para alcanzar ese tipo de conclusiones, la Corte ha considerado especialmente las características del ilícito, como la fecha y el lugar de ejecución, el *modus operandi*, el tipo de víctimas y perpetradores<sup>321</sup>.

Por el contrario, el TEDH ha sido mucho más estricto, dado que requiere la prueba de la tortura más allá de toda duda razonable. Salvo raras excepciones, ha sido renuente a la aceptación de la prueba de presunciones y se ha mostrado muy exigente para tener por acreditada una práctica generalizada de violaciones a los derechos humanos y aceptar su conexión con el caso sometido a su conocimiento<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> Cfr. los siguientes casos de la CorteIDH: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párrs. 124-127 y 147-148; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párrs. 130-142 y 155-156; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párrs. 121 y 132; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, cit., párrs. 98-100; *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n° 162, párr. 113. Para un comentario doctrinal sobre las cuestiones probatorias de esta jurisprudencias, Cfr. MÉNDEZ, Juan E./VIVANCO, José Miguel. “Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience”, *Hamline Law Review*, vol. 13, issue 3, summer 1990, pp. 554-557; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 171-179.

<sup>322</sup> TEDH, *Kurt vs. Turkey*, cit., párrs. 116 y 166-169; *Taş vs. Turkey*, cit., párr. 76; GC. *Çakici vs. Turkey*, judgment, application no. 23657/94, 8 de julio de 1999, párr. 92; *Çiçek vs. Turkey*, judgment, application no. 25656/94, 18 de junio de 2002, párrs. 352-355; *Bazorkina vs. Russia*, judgment, application no. 69481/01, 27 de julio de 2006, párrs. 131-133; *Luluyev and others vs. Russia*, judgment, application no. 69480/01, 9 de noviembre de 2006, párrs. 105-106; *Baysayeva vs. Russia*, judgment, application no.

Por lo tanto, respecto de la persona desaparecida, es posible destacar ciertas tendencias generales en el tratamiento de la tortura por parte de los tribunales y órganos internacionales. En un grupo de casos se optó por considerar que la detención incomunicada inherente a la desaparición constituye *per se* tortura o trato inhumano. En un segundo grupo de casos, ante la ausencia de pruebas directas de la tortura, la CorteIDH utilizó un estándar probatorio flexible y aceptó la procedencia de medios de prueba indirectos, a diferencia del TEDH que ha exigido la prueba de la tortura más allá de toda duda razonable. Todo lo planteado hasta el momento ha girado en torno a la víctima desaparecida. Acto seguido, se analizará el mismo problema respecto de los familiares y otras personas cercanas al desaparecido.

### **3.2.2. La relación entre tortura y desaparición desde la perspectiva de los familiares y otras personas que sufren un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición**

MCCRORY señala que la capacidad de la desaparición para afectar a una vasta gama de víctimas, además de la persona desaparecida, es uno de sus aspectos más escalofrantes<sup>323</sup>. El artículo 24(1) de la CIPPDF contempla un concepto muy amplio de víctima, que engloba “*la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición forzada*”. La literalidad de esta norma permite entender que la noción aglutina dos tipos de víctimas: la persona desaparecida y la persona física que sufra un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición<sup>324</sup>.

La CorteIDH se ha preocupado especialmente de analizar si la desaparición forzada afecta a personas distintas de la persona desaparecida. Desde el caso *Blake vs. Guatemala* ha entendido que los familiares de los desaparecidos sufren una afectación a su integridad personal a causa del sufrimiento y angustia que genera la desaparición de

---

74237/01, 5 April 2007, párrs. 135-138; *Gekhayeva and others vs. Russia*, judgment, application no. 1755/04, 29 de mayo de 2008, párrs. 112-115; *Askharova vs. Russia*, judgment, application no. 13566/02, 4 de diciembre de 2008, párrs. 93-95. En muy pocos casos de desapariciones forzadas el TEDH ha considerado que la víctima ha sido objeto de tortura y cuando ha alcanzado esa conclusión, ha considerado que se ha satisfecho el estándar de la duda razonable. Vid., v. gr., *Akdeniz and others vs. Turkey*, judgment, application no. 23954/94, 31 de mayo de 2001, párr. 98. Para un comentario sobre esta jurisprudencia, vid. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 168-169, 171-176 y 184-186.

<sup>323</sup> MCCRORY, op. cit., p. 557.

<sup>324</sup> El concepto de víctima será analizado en el § 3.7.2 del Capítulo IV.

un ser querido y de la frustración que surge por la falta de verdad y justicia. Se trata de un verdadero *leading case* en materia de víctimas de desapariciones forzadas, porque dilucidó los contornos conceptuales de esta noción, identificó las consecuencias que se derivan de ello, principalmente, en materia de reparación, y se erigió como un precedente de referencia insoslayable para la jurisprudencia posterior<sup>325</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia del HRC ha sostenido de manera constante que los familiares de las personas desaparecidas sufren una afectación a su integridad física y psíquica debido a la angustia que experimentan, afectación suficiente para vulnerar el artículo 7 del PIDCP que consagra la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>326</sup>.

Sin embargo, el TEDH ha elaborado su propia teoría sobre este problema. Si bien en el caso *Kurt vs. Turquía*, expresó una tesis muy similar a la de la CorteIDH y el HRC, reconociendo que los familiares de la persona desaparecida también son víctimas<sup>327</sup>, a partir del caso *Çakici vs. Turquía* comenzó a exigir que la prueba de la tortura y malos tratos de los familiares del desaparecido debía atender a ciertos “factores especiales” y a la “reacción de la autoridad” encargada de investigar el hecho.

Según esta sentencia, “[d]eterminar si un familiar es una víctima, dependerá de la existencia de factores especiales que otorguen al sufrimiento del demandante una dimensión y carácter distinto del estrés emocional inevitablemente causado a los familiares de una víctima de serias violaciones a los derechos humanos. Entre los

---

<sup>325</sup> CorteIDH, *Blake vs. Guatemala*, cit., párrs. 113-116. Cfr. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párrs. 159-166; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, cit., párrs. 101 y 103; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n° 134, párrs. 142-146; *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párrs. 60-68; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 154-162; *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párrs. 94-104; *La Cantuta vs. Perú*, cit., párrs. 122-129; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párr. 163; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 114. La ComisiónIDH también ha sostenido una tesis similar en su *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*. OEA/Ser.L/V/II.43 Doc. 21 corr. 1, 20 abril 1978, parte II.

<sup>326</sup> HRC. *Almeida de Quinteros et al. vs. Uruguay*, comunicación n° 107/1981, 21 de julio de 1983, párr. 14; *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka*, cit., párr. 9.5; *Bousroual vs. Algeria*, cit., párr. 9.8; *Boucherf vs. Algeria*, cit., párr. 9.7; *Kimouche vs. Algeria*, cit., párr. 7.7; *El Alwani vs. The Libyan Arab Jamahiriya*, cit., párr. 6.5; *El Hassy vs. The Libyan Arab Jamahiriya*, cit., párr. 6.10. También RODLEY ha defendido esta postura en su calidad de Relator Especial. Vid. AG. *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/56/156, cit., párr. 14.

<sup>327</sup> TEDH, *Kurt vs. Turkey*, cit., párrs. 133-134.

*elementos relevantes figurarán la proximidad del vínculo familiar –en ese contexto, un cierto peso se atribuirá a la relación entre padres e hijos–, las circunstancias particulares del vínculo, la medida en que los familiares presenciaron el hecho en cuestión, su involucramiento en los intentos de obtener información sobre la persona desaparecida y la manera en que las autoridades respondieron a esos requerimientos. El Tribunal, además, enfatiza, que la esencia de esa violación no estriba tanto con el hecho de la “desaparición” del familiar, sino más bien en las reacciones de las autoridades y sus actitudes hacia la situación, cuando se les informa de la misma. Especialmente, es en base a lo último que el familiar puede reclamar directamente ser víctima de la conducta de la autoridad<sup>328</sup>.*

Pues bien, el TEDH ha concluido que los familiares son víctimas de torturas o malos tratados cuando se ha acreditado la concurrencia de estos factores especiales<sup>329</sup>. Se trata de un test muy exigente que ha generado mucha crítica. Se volverá sobre esta cuestión cuando se analice el concepto de víctima a propósito de la obligación internacional de reparación<sup>330</sup>.

Ahora bien, respecto de esta categoría de víctimas cabe preguntarse si se trata de víctimas de desaparición forzada o de tortura. Según la jurisprudencia citada en este

---

<sup>328</sup> TEDH, *Çakıcı vs. Turkey*, cit., párr. 98: “Whether a family member is such a victim will depend on the existence of special factors which gives the suffering of the applicant a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of a victim of a serious human rights violation. Relevant elements will include the proximity of the family tie – in that context, a certain weight will attach to the parent-child bond –, the particular circumstances of the relationship, the extent to which the family member witnessed the events in question, the involvement of the family member in the attempts to obtain information about the disappeared person and the way in which the authorities responded to those enquiries. The Court would further emphasise that 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”.

<sup>329</sup> En algunos casos, el TEDH sólo habla de una vulneración del art. 3 del CEDH –que consagra la prohibición de la tortura y otros tratos–, mientras que en otros casos especifica que se trata de un trato cruel e inhumano. Cfr. *Timurtaş vs. Turkey*, application no. 23531/94, judgment, 13 de junio de 2000, párrs. 95-98; *Taş vs. Turkey*, cit., párrs. 79-80; GC. *Cyprus vs. Turkey*, judgment, application no.25781/94, 10 de mayo de 2001, párrs. 156-158; *Orhan vs. Turkey*, cit., párrs. 358-360; *İpek vs. Turkey*, judgment, application no.25760/94, 17 de febrero de 2004, párrs. 181-182; *Gongadze vs. Ukraine*, judgment, application no. 34056/02, 8 de noviembre de 2005, párrs. 184-186; *Bazorkina vs. Russia*, cit., párrs. 139-142; *Imakayeva vs. Russia*, judgment, application no.7615/02, 9 de noviembre de 2006, párrs. 164-167; *Luluyev and others vs. Russia*, cit., párrs. 110-118; *Baysayeva vs. Russia*, cit., párrs. 139-143; *Osmanoğlu vs. Turkey*, judgment, application no.48804/99, 24 de enero de 2008, párrs. 93-99; *Gekhayeva and others vs. Russia*, cit., párrs. 117-121; *Askharova vs. Russia*, cit., párrs. 96-99; *Zaurbekova and Zaurbekova vs. Russia*, judgment, application no.27183/03, 22 de enero de 2009, párrs. 96-99; *Beksultanova vs. Russia*, judgment, application no.31564/07, 27 de septiembre de 2011, párrs. 105-107.

<sup>330</sup> Capítulo IV, § 3.7.2.

apartado, los familiares y personas cercanas al desaparecido son víctimas de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A mi juicio, esta es una consecuencia del enfoque pluriofensivo. Aunque este enfoque ha permitido condenar a los Estados por la vulneración de la prohibición a la tortura, técnicamente y de conformidad al concepto amplio de víctimas consagrada en la CIPPDF, los familiares también son víctimas de desaparición forzada.

Pues bien, habiendo aclarado las relaciones contextuales que entrelazan la desaparición con la tortura, cabe exponer un paralelo conceptual entre ambas figuras.

### **3.3. Paralelo con la desaparición forzada**

#### **3.3.1. Semejanzas**

Entre la desaparición forzada y la tortura es posible destacar dos semejanzas relacionadas con el sujeto activo y el aspecto subjetivo. Ambas serán analizadas a continuación.

##### **3.3.1.1. El sujeto activo**

De acuerdo con la definición universal de la tortura, el sujeto activo de la misma puede ser un agente estatal (*funcionario público*) o un agente no estatal que mantiene algún vínculo con el Estado (*a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia*)<sup>331</sup>.

Ya se ha explicado que el problema de los agentes no estatales como sujetos violadores de derechos humanos es un problema transversal que se manifiesta a propósito de cualquier violación a los derechos humanos incluyendo la tortura. En efecto, una parte de la doctrina ha sostenido que en la definición de tortura consagrada en la Convención de Naciones Unidas existe espacio para los agentes no estatales entendidos en sentido estricto, esto es, agentes no estatales asimilables a un Estado o

---

<sup>331</sup> ANDERSON, op. cit., p. 265.



que *de facto* ejercen una autoridad pública<sup>332</sup>. Con independencia de lo anterior, el Estado tiene un deber de debida diligencia respecto de los actos de tortura cometidos por particulares, porque está obligado a prevenir, investigar y sancionar el hecho<sup>333</sup>.

### 3.3.1.2. El aspecto subjetivo

En principio, la intencionalidad no es un elemento definitorio de la tortura, sino una exigencia subjetiva implícita a su comisión. De hecho, no existe la tortura culposa, negligente o imprudente<sup>334</sup>. La intencionalidad puede considerarse como una semejanza entre la desaparición forzada y la tortura, ya que la primera también debe ser voluntaria, siendo imposible una desaparición culposa, negligente o imprudente.

Ahora bien, puede que exista una segunda semejanza vinculada con el elemento subjetivo, si se interpreta que la finalidad o propósito en la tortura y la sustracción a la protección de la ley en la desaparición, tienen una naturaleza subjetiva. En todo caso, la semejanza es parcial, porque el contenido de cada uno de estos elementos es distinto. No parece ser que la sustracción a la protección de la ley pueda ser una finalidad de la

---

<sup>332</sup> Tales agentes estarían comprendidos en la expresión “*otra persona en el ejercicio de funciones públicas*” de la definición, incorporada durante los trabajos preparatorios a petición de la delegación de Estados Unidos y la República Federal Alemana con el fin de incluir estos agentes entre los sujetos activos. Cfr. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 78-79; RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 88; WENDLAND, Lane. *A Handbook on State Obligations under the UN Convention against Torture*. Geneva: Association for the Prevention of Torture (APT), 2002, pp. 28-29. Esta tesis ha sido objeto de confirmación en un caso contencioso substanciado ante el CAT. *Elmi vs. Australia*, comunicación N° 120/1998, 14 de mayo de 1999, CAT/C/22/D/120/1998 (25 de mayo de 1999), párr. 6.5, en los siguientes términos: “*El Comité señala que durante varios años Somalia ha carecido de un gobierno central, que la comunidad internacional está negociando con las facciones beligerantes y que algunas de las facciones que operan en Mogadishu han creado instituciones cuasioficiales y están negociando el establecimiento de una administración común. Se desprende de todo ello que, de hecho, esas facciones ejercen ciertas prerrogativas comparables a las que ejercen normalmente los gobiernos legítimos. En consecuencia, para los fines de la aplicación de la Convención, a los miembros de esas facciones se les puede aplicar la expresión «funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas»*”.

<sup>333</sup> Así se infiere del término “*aquiescencia*” de la definición. Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, “Crimen de feminicidio y prevención de la tortura: a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Campo Algodonero (2009)”, en RODRIGO, Angel J./GARCÍA, Catalina (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*. Coloquio en Homenaje a Oriol Casanova. Barcelona 21-22 de mayo de 2009. Madrid: Tecnos, 2011, p. 470; VILLÁN DURÁN, op. cit., p. 396. Además, ha sido refrendado por el HRC, *Observación general N° 20*. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), cit., párr. 2.

<sup>334</sup> El ejemplo académico con que suele ilustrarse la situación es la del guardia que olvida alimentar al detenido. Para un estudio penal del aspecto subjetivo de la tortura, vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH, op. cit., pp. 2282-2283. Según NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 73-74, en el ejemplo pueden configurarse tratos crueles o inhumanos.

tortura. Más bien, puede ocurrir que se torture estando la víctima sustraída a la protección de la ley, con lo cual el contenido de ambos elementos es diferente.

### **3.3.2. Diferencias**

A continuación se repasarán las principales diferencias entre la desaparición y la tortura; a saber: la privación de libertad, la denegación de información, el dolor o sufrimiento y la finalidad o propósito.

#### **3.3.2.1. La privación de libertad**

La privación de libertad no constituye un elemento definitorio de la tortura. Sin embargo, en la práctica es difícil imaginar la comisión de tortura sin que la víctima esté privada de libertad<sup>335</sup>.

#### **3.3.2.2. La denegación de información**

Una vez más la denegación de información es un claro elemento distintivo, ya que no se requiere su concurrencia en la tortura. Pese a ello, la situación de una persona privada de libertad respecto de quien no se otorga información es propicia para la comisión de tortura. Además, como ha sido explicado anteriormente, la detención incomunicada prolongada configura *per se* una forma de tortura.

#### **3.3.2.3. El dolor o sufrimiento**

Aunque es bastante obvio que toda víctima de desaparición forzada sufre un dolor o sufrimiento extremo, dicha circunstancia no constituye un elemento conceptual de la desaparición. Por el contrario, en la tortura es un elemento esencial.

---

<sup>335</sup> Quizás sería posible pensar en algún ejemplo de tortura psicológica.

### 3.3.2.4. La finalidad o propósito

La definición de la *Convención contra la Tortura* incluye entre sus elementos un propósito o finalidad. Este elemento teleológico, de acuerdo con la literalidad de la definición, puede dirigirse a: 1) obtener una información o confesión de la víctima o de un tercero; 2) castigar a la víctima por un acto que ha cometido o que se sospecha que ha cometido; 3) intimidar o coaccionar a la víctima o a un tercero; 4) cualquier otra razón de carácter discriminatorio<sup>336</sup>.

Sin embargo, en la desaparición forzada no existe un elemento constitutivo de la desaparición que se asemeje a la finalidad de la tortura. Incluso interpretando que la sustracción a la protección de la ley es un elemento constitutivo de carácter subjetivo, la diferencia persiste en cuanto al contenido.

## 4. LA DESAPARICIÓN FORZADA Y LAS DETENCIONES ILEGALES O ARBITRARIAS

### 4.1. Aproximación general a las detenciones ilegales o arbitrarias

Las detenciones ilegales o arbitrarias no han sido objeto de un tratamiento convencional en el Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la falta de regulación convencional no le resta importancia a la prohibición de este delito. En efecto, en su *Observación General n° 29* el HRC ha señalado que se trata de una prohibición con un carácter absoluto y que detenta la condición de norma imperativa de Derecho internacional general<sup>337</sup>. Por otra parte, no debe olvidarse que los principales

---

<sup>336</sup> Para el análisis de los diversos motivos, vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH, op. cit., pp. 2276-2277. Se discute en la doctrina si se trata de un *numerus clausus* o de un *numerus apertus* establecido *ad exemplum*. Sobre este debate vid. íd., pp. 2278-2279; VILLÁN DURÁN, op. cit., pp. 397-398. El art. 2 de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, cit., se refiere a todo tipo de finalidad, mediante la expresión “o con cualquier otro fin”.

A propósito de este elemento, NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 75-77, hablan de un estado de “vulnerabilidad” (*powerlessness*) en que se halla sumida la víctima, asociado al hecho de estar detenida o sujeta al control del perpetrador de la tortura. Critica esta posición, RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 119 n. 193, en cuanto puede ser malentendido como un prerrequisito de la definición de tortura y conducir a descartarla en casos en que la víctima no sea del todo “vulnerable”, por ejemplo, tratándose de la persona que puede ejercer un cierto poder sobre su captor porque conoce información que puede para salvar vidas.

<sup>337</sup> HRC, *Observación general N° 29*. Estados de emergencia (artículo 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, cit., párrs. 11, 13(a) y 13(b). El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas, defiende la misma tesis, remitiéndose a esta Observación General. Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles*,

tratados internacionales de derechos humanos, tanto los universales como los regionales, protegen el derecho a la libertad personal<sup>338</sup>.

No existe una noción definitiva de detenciones ilegal o arbitraria, aunque la regulación convencional del derecho a la libertad personal y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos otorgan las bases para la elaboración de un concepto. En términos generales, puede afirmarse que consiste en un acto de privación de libertad que implica la infracción de las garantías procesales que le asisten a toda persona detenida. Se trata de la infracción de las garantías que derivan del debido proceso.

Desde la óptica del Derecho internacional de los derechos humanos, QUISPE REMÓN entiende que el debido proceso es un “*derecho fundamental de carácter procesal y sustantivo [que] [e]ngloba una serie de garantías, derechos y principios reconocidos en las legislaciones nacionales y en los instrumentos internacionales*”,

---

*Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el derecho al desarrollo.* Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. A/HRC/7/4 (10 de enero de 2008), párr. 67. Cfr. THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law*. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States [En línea], 1987. Disponible en <Westlaw International>. [Consulta: 12 de julio de 2014], párr. 702(e) y su comentario, donde se consagra que la prohibición de la detención arbitraria e ilegal es una norma de Derecho internacional consuetudinario. En doctrina, RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 478 y n. 125, afirman que se trata de un principio general reconocido por las naciones civilizadas, en cuanto la gran mayoría de los ordenamientos nacionales del mundo prohíbe esta clase de detenciones.

<sup>338</sup> Cfr. UDHR, cit., arts. 3 y 9; PIDCP, cit., art. 9; CADH, cit., art. 7; CEDH, cit., art. 5; CADHP, cit., art. 6; ACHR, cit., arts. 5 y 8. En cuanto al Derecho penal internacional, el ER, cit., en su art. 7(1)(e) tipifica como crimen de lesa humanidad la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional. A su vez, en el Derecho Internacional Humanitario, rige la prohibición de las detenciones arbitrarias como regla de Derecho internacional humanitario consuetudinario en conflictos armados internacionales y no internacionales. Vid. HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, op. et vol. cit., “Rule 99. Arbitrary Deprivation of Liberty is Prohibited”, pp. 344-352.

También existen importantes instrumentos internacionales de soft law destinados a la protección de las personas privadas de libertad, por ejemplo: *Universal Islamic Declaration of Human Rights*, cit., apartado II; *Cairo Declaration on Human Rights in Islam*, cit., art. 20; *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, cit., que de acuerdo a su ámbito de aplicación, tienen por objeto la protección de toda persona privada de libertad; *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, 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 ECOSOC en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, que según la observación preliminar n° 1, tienen por objeto establecer un conjunto de principios y reglas para una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos; *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobados por la Comisión IDH en el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26 (13 de marzo de 2008), que de acuerdo a su Disposición General, son aplicables a personas privadas de libertad por motivos relacionados con la comisión de delitos o infracciones a la ley, o por razones humanitarias y de protección.

cuyo principal propósito es velar por la correcta aplicación del Derecho en el marco de cualquier proceso<sup>339</sup>.

En virtud de la aplicación del debido proceso, a la persona privada de libertad se le reconocer un conjunto de garantías procesales. De acuerdo con los principales tratados de derechos humanos, estas garantías son: el derecho a ser privado de libertad en base a un motivo o causa legal y con estricta sujeción a las normas procedimentales establecidas en el Derecho vigente<sup>340</sup>; el derecho a ser informado de las razones de su detención<sup>341</sup>; el derecho a ser informado de los cargos que se formulen en su contra<sup>342</sup>; el derecho a ser llevado sin demora ante un juez<sup>343</sup>; el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable<sup>344</sup>; el derecho a un recurso a fin de cuestionar la legalidad de la detención<sup>345</sup>.

Para una comprensión más acuciosa del concepto de detención ilegal o arbitraria, debe aclararse si las nociones de arbitrariedad e ilegalidad tienen el mismo contenido. El artículo 9 de la UDHR, por ejemplo, sólo se refiere a la arbitrariedad, aunque se interpreta que abarca las detenciones que infringen la ley y las que son incompatibles con un ejercicio adecuado de la libertad personal<sup>346</sup>.

En cambio, el artículo 9(1) del PIDCP diferencia claramente la ilegalidad de la arbitrariedad. En el caso *Van Alphen vs. Países Bajos*, el HRC sostuvo que “«arbitrariedad» no debe ser equiparada con «ilegalidad», sino que debe ser interpretada más ampliamente, incluyendo elementos de inoportunidad, injusticia y falta de previsibilidad. Esto significa que decretar la prisión preventiva de conformidad con

---

<sup>339</sup> QUISPE REMÓN, Florabel. *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 216-217.

<sup>340</sup> Cfr. PIDCP, cit., art. 9(1); CADH, cit., art. 7(1); CEDH, cit., art. 5(1); CADHP, cit., art. 6; ACHR, cit., arts. 5 y 8.

<sup>341</sup> Cfr. PIDCP, cit., art. 9(2); CADH, cit., art. 7(4); CEDH, cit., art. 5(2).

<sup>342</sup> Cfr. PIDCP, cit., art. 9(2); CADH, cit., art. 7(4); CEDH, cit., art. 5(2).

<sup>343</sup> Cfr. PIDCP, cit., art. 9(3); CADH, cit., art. 7(5); CEDH, cit., art. 5(3); ACHR, cit., art. 8.

<sup>344</sup> Cfr. PIDCP, cit., art. 9(3); CADH, cit., art. 7(5); CEDH, cit., art. 5(3); CADHP, cit., art. 7(7).

<sup>345</sup> Cfr. PIDCP, cit., art. 9(4); CADH, cit., art. 7(6); CEDH, cit., art. 5(4); ACHR, cit., art. 16.

<sup>346</sup> ONU. DEPARTMENT OF ECONOMY AND SOCIAL AFFAIRS. *Study of the Rights of Everyone to be Free of Arbitrary Arrest, Detention and Exile*. E/CN.4/826/Rev.1 (1 de enero de 1964). New York: United Nations Publications, 1964, párrs. 23-30, especialmente, párr. 27.

una detención legal, no sólo debe ser legal, sino también razonable en todas las circunstancias”<sup>347</sup>.

También el artículo 7 de la CADH se refiere a ambos tipos de detenciones. La prohibición de la detención ilegal está plasmada en el párrafo 2 en los siguiente términos: “[n]adie 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”<sup>348</sup>, mientras que la prohibición de la detención arbitraria se consagra en el párrafo 3, según el cual “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> HRC. *Van Alphen vs. The Netherlands*, comunicación n° 305/1988, 23 de julio de 1990, párr. 5.8: “«arbitrariness» is not to be equated with «against the law», but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice and lack of predictability. This means that remand in custody pursuant to lawful arrest must not only be lawful but reasonable in all the circumstances”. El caso resolvió la situación de un abogado que fue privado de libertad a modo de presión, para que entregare información sobre los presuntos delitos tributarios cometidos por algunos de sus clientes. El Comité entendió que la detención era arbitraria, porque esa sola razón no podía justificar la privación de libertad. En el caso *Spakmo (initially represented by Mr. Gustav Høgtun) vs. Norway*, comunicación n° 631/1995, 11 de noviembre de 1999, párr. 6.3, la víctima fue arrestada dos veces porque no accedió a paralizar una obra de demolición. Lo que se consideró arbitraria fue la segunda detención, que duró ocho horas y que practicó a fin de paralizar efectivamente la obra, finalidad que no fue considerada suficientemente razonable por el Comité. Hay otros casos en que el HRC ha declarado la violación del art. 9(1) del PIDCP en base a la arbitrariedad de la detención, v. gr., *Mukong vs. Cameroon*, cit., párr. 9.8.

En doctrina, cfr. JOSEPH, Sarah/SCHULTZ, Jenny/CASTAN, Melissa. *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary* (2000). Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 308-309, argumentando que el art. 9 del Pacto excede lo estrictamente ilegal, porque la noción de arbitrariedad es más amplia que la noción de ley; MARCOUX Jr., Laurent. “Protection from Arbitrary Arrest and Detention under International Law”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 5, issue 2, Summer 1982, pp. 358-ss., también defendiendo una concepción amplia basándose en la literalidad e historia normativa del precepto.

<sup>348</sup> Según la jurisprudencia de la CorteIDH, la legalidad de la detención está conformada por dos ámbitos: uno material y otro formal. En la sentencia *Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C n° 16, párr. 47, se dice que en virtud del aspecto material de la legalidad, “nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley”. En cuanto al ámbito formal, la sentencia señala que la detención debe realizarse “con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la [ley]”. Tales afirmaciones han sido repetidas en sentencias posteriores; por ejemplo: *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n° 35, párr. 41; “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, cit., párrs. 132-134. Cfr. BOVINO, Alberto. “El fallo «Suárez Rosero»”, en *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 32-36; el mismo, “La libertad personal en el Sistema Interamericano”, en *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 66-67.

<sup>349</sup> La ComisiónIDH ha indicado que arbitrariedad es sinónimo de irregular, abusivo, contrario a Derecho, inapropiado o injusto. Cfr. las siguientes demandas: *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Heliodoro Portugal*. Caso 12.408 contra la República de Panamá, 23 de enero de 2007, párrs. 122-123; *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de María Tiu Tojín y Josefa Tiu Tojín*, cit., párrs. 121-122. Según BOVINO, “La libertad personal en el Sistema Interamericano”, cit., n. 44, la arbitrariedad de la detención se relaciona con las teorías de la persecución selectiva y vindicativa elaboradas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. La persecución selectiva se produce cuando el imputado viene tratado de manera diferente a otras

A su vez, el artículo 5 del CEDH establece como principio que nadie puede ser privado de su libertad personal, explicitando una lista tasada de excepciones legales que justifican la privación o restricción de este derecho<sup>350</sup>. Aunque este precepto no distingue entre ilegalidad y arbitrariedad, el TEDH ha sido enfático en aclarar que un análisis aislado de legalidad es insuficiente y que el espíritu de la disposición abarca también la prohibición de la detención arbitraria<sup>351</sup>. Para valorar la arbitrariedad de una detención, el Tribunal ha recurrido a diversos criterios, como la buena o mala fe de las autoridades; el propósito o finalidad perseguida por la restricción de libertad; el lugar, duración y condiciones de la misma; el principio de proporcionalidad, cuando la detención está dirigida a hacer efectiva una obligación legal<sup>352</sup>.

Para entender las diferencias entre la detención ilegal y la arbitraria también puede ser de utilidad revisar los Métodos de Trabajo del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, especialmente, en lo que se refiere a la regulación de su competencia<sup>353</sup>. De acuerdo con ese texto normativo, el Grupo puede hacerse cargo de las siguientes categorías de detenciones: 1) la detención sin causa legal; 2) la detención que es consecuencia del ejercicio de ciertos derechos humanos contemplados en el PIDCP y la UDHR<sup>354</sup>; 3) la detención en que se vulnera el derecho a un juicio

---

personas que se encuentran en circunstancias similares o cuando la detención se funda en circunstancias ilegítimas, por ejemplo, un motivo discriminatorio. En cambio, la persecución vindicativa tiene por finalidad el castigo del imputado como represalia al ejercicio de sus derechos constitucionales.

<sup>350</sup> CASADEVALL, op. cit., p. 239.

<sup>351</sup> Cfr., entre otras, las siguientes sentencias del TEDH: *Winterwerp vs. The Netherlands*, judgment, application no.6301/73, 24 de octubre de 1979, párrs. 39 y 45; *Van der Leer vs. The Netherlands*, judgment, application no.11509/85, 21 de febrero de 1990, párr. 22; *Kurt vs. Turkey*, cit., párr. 122; *Kemmache vs. France (No. 3)*, judgment, application no.17621/91, 24 de noviembre de 1994, párr. 42; *Amuur vs. France (No. 3)*, judgment, application no.19776/92, 25 de junio de 1996, párr. 50; *Aksoy vs. Turkey*, judgment, application no.21987/93, 18 de diciembre de 1996, párr. 76; *GC. A. and others vs. The United Kingdom*, judgment, application no.3455/05, 19 de febrero de 2009, párr. 164.

<sup>352</sup> TEDH.GC. *Saadi vs. The United Kingdom*, judgment, application no.13229/03, 29 de enero de 2008, párrs. 67-74 y las sentencias que allí se citan.

<sup>353</sup> El mandato del Grupo de Trabajo viene fijado en una resolución, que antiguamente era expedida por la CDH y actualmente, por el Consejo de Derechos Humanos. Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*. A/HRC/16/47 (19 de enero de 2011). Anexo: Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo, párr. 1. En general, sobre este Grupo, cfr. BRODY, Reed. "The United Nations Creates a Working Group on Arbitrary Detention", *American Journal of International Law*, vol. 85, Issue 4, October 1991, pp. 709-715, especialmente, pp. 711, 713-714, que explican por qué y cómo se incorporaron las detenciones arbitrarias en el mandato; GENSER, Jared M./WINTERKORN-MEIKLE, Margaret K. "The Intersection of Politics and International Law: the United Nations Working Group on Arbitrary Detention in Theory and in Practice", *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 39, issue 3, summer 2008, pp. 687-755.

<sup>354</sup> Los derechos fundamentales a que hacen referencia los Métodos de Trabajo son: la igualdad ante la ley (art. 7 de la UDHR y art. 26 del PIDCP); la libertad de movimiento (art. 13 de la UDHR y art. 12 del PIDCP); la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18 de la UDHR y art. 18 del PIDCP); la libertad de opinión y expresión (art. 19 de la UDHR y art. 19 del PIDCP); la libertad de

imparcial; 4) las detenciones administrativas de solicitantes de asilo, inmigrantes y refugiados sin derecho a recurso; 5) las detenciones fundadas en un motivo discriminatorio<sup>355</sup>. Esta enumeración permite apreciar que, además de la detención ilegal, el resto de las detenciones implican la vulneración de algún derecho fundamental.

Esta rápida mirada a las principales disposiciones internacionales sobre la libertad personal da pie para concluir que existe una diferencia entre la ilegalidad y la arbitrariedad y que esta segunda noción debe ser interpretada en términos amplios, sobre la base de criterios de proporcionalidad y teniendo a la vista la eventual afectación de derechos humanos<sup>356</sup>. Pues bien, habiendo hecho una exposición de la noción de detención ilegal y arbitraria, se procederá a realizar el último paralelo de este epígrafe.

## **4.2. Paralelo con la desaparición forzada**

### **4.2.1. Semejanzas**

La detención ilegal y arbitraria es la figura más próxima a la desaparición forzada de personas desde un punto de vista conceptual. A mi juicio, la desaparición forzada no es un más que una detención arbitraria cualificada, específica, con ciertas características especiales. El principal denominador común entre ambos ilícitos es la privación de libertad. Otras similitudes dicen relación con el sujeto activo y la infracción de garantías procesales.

---

reunión (art. 20 de la UDHR y art. 21 del PIDCP); la libertad de asociación (art. 20 de la UDHR y art. 22 del PIDCP); el derecho de asilo (art. 14 de la UDHR); los derechos políticos (art. 21 de la UDHR y art. 25 del PIDCP) y algunos derechos de las minorías (art. 27 del PIDCP).

<sup>355</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, A/HRC/16/47, cit., Anexo: Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo, párr. 8.

<sup>356</sup> En general, ante una detención debe valorarse en primer lugar si es legal a nivel nacional e internacional. Superado el test de legalidad, debe aplicarse una valoración basada en la arbitrariedad. En esta última valoración debe aplicarse un juicio de proporcionalidad teniendo en cuenta el fin que se persigue con la detención y la eventual afectación de los derechos del detenido. Para tales efectos, habrá que analizar las características específicas de la restricción a la libertad, v. gr., gravedad e intensidad de la afectación de este derecho, la duración de la privación, el régimen normativo aplicable, el nivel de discrecionalidad de las autoridades, las garantías procesales que le asisten al detenido y el fin que se persigue a través de la detención, v. gr., peligro de fuga, peligro de entorpecimiento de la investigación, afectación de otros derechos fundamentales. Para una tesis similar vid. MARCOUX, op. cit., pp. 369-375.



#### **4.2.1.1. Privación de libertad**

La privación de libertad es la semejanza más evidente entre ambos crímenes y la que menos explicaciones requiere. En ambos casos puede tratarse de cualquier privación de libertad, pudiendo ser legal *ab initio*. La configuración de ambas figuras, sin embargo, requiere insoslayablemente que la privación de libertad se torne ilegal o arbitraria mediante la infracción de alguna garantía procesal.

#### **4.2.1.2. Sujeto activo**

Esta semejanza tampoco requiere mayor explicación. En principio, tanto en la detención ilegal como en la desaparición forzada, el sujeto activo es un agente estatal. Una vez más, nos remitimos a las explicaciones que se han expuesto en este trabajo sobre el problema de los agentes no estatales y que también son aplicables respecto de las detenciones ilegales y arbitrarias.

#### **4.2.2. Diferencias**

Las principales diferencias entre las figuras sometidas a comparación se refieren a la denegación de información y la sustracción a la protección de la ley.

##### **4.2.2.1. Denegación de información**

La denegación de información, como conducta distintiva de la desaparición forzada, constituye una diferencia con las detenciones ilegales y arbitrarias. Sin embargo, también es cierto que se trata de una conducta que infringe las garantías procesales del detenido. Desde este punto de vista, podría representar una similitud. De todos modos, la denegación de información tiene un contenido específico.

A continuación se explicarán algunas categorías de detenciones cuyo conocimiento puede ser útil para diferenciar una desaparición de una detención ilegal, especialmente, en supuestos difíciles en que la conducta denegatoria de información no es absolutamente clara. RODLEY y POLLARD se refieren a dos clases de detenciones que

pueden acarrear problemas interpretativos. Una primera categoría es la “detención no reconocida” (*unacknowledged detention*) y la otra es la detención que ha sido “negada explícitamente” (*explicitly denied*). Según ambos autores, la primera no configura una desaparición forzada si se practica de conformidad con el ordenamiento jurídico en casos excepcionales, aunque admiten que puede conllevar una violación de los estándares internacionales sobre la privación de libertad. Respecto de la segunda categoría, estos autores manifiestan dudas en relación a su calificación jurídica<sup>357</sup>.

A mi juicio se trata de categorías problemáticas y confusas. En mi opinión, deben distinguirse tres hipótesis en que la entrega de información sobre la situación de la víctima es inexistente o deficitaria; a saber: la negación de la detención, la detención secreta y la detención incomunicada.

En el primer caso, la autoridad rehúsa admitir que la víctima ha sido privada de libertad, negando u ocultando el hecho mismo de la detención ante los legítimos interesados<sup>358</sup>. Si bien en la práctica la negación u ocultamiento puede realizarse de muchas maneras, lo determinante es que la autoridad no admita haber practicado la detención de la víctima. Este tipo de detención puede ser enmarcada en la conducta denegatoria de información. Por ende, reuniéndose el resto de los requisitos conceptuales, puede configurarse una desaparición forzada.

En la detención secreta, en cambio, se admite el hecho mismo de la detención, pero no se otorga información sobre la situación de la víctima. La diferencia con el primer caso estriba en el reconocimiento de la detención. Este supuesto, también queda enmarcado en el acto de denegación de información<sup>359</sup>. Cabe aclarar que en la práctica suele hablarse de detención secreta en el sentido que se acaba de reseñar y también para hacer referencia a las detenciones no reconocidas.

Finalmente, en una detención incomunicada se reconoce la privación de libertad, se otorga información sobre la situación de la víctima, pero a ésta no se le permite

---

<sup>357</sup> RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 332.

<sup>358</sup> Este concepto se inspira en la definición de SARKIN, “An Interview with Jeremy Sarkin...”, cit., pp. 58-59, aunque este autor incluye la detención incomunicada.

<sup>359</sup> *Íd.*, p. 59.

mantener un contacto con el mundo exterior, es decir, se le impide comunicarse con sus familiares, representantes legales, abogados y cualquier otra persona<sup>360</sup>.

En términos conceptuales, la detención incomunicada no exige que se deniegue la información sobre el hecho mismo de la detención o sobre la situación de la víctima<sup>361</sup>. Ahora bien, una detención secreta también es incomunicada<sup>362</sup>, pero una detención incomunicada no tiene por qué ser secreta.

La detención incomunicada no queda enmarcada en la conducta denegatoria de información, aunque puede acarrear la vulneración de las garantías procesales del detenido y la práctica de torturas o tratos crueles. Ahora bien, las detenciones constitutivas de la desaparición forzada son incomunicadas, pero no debe confundirse la noción de incomunicación con la denegación de información.

Los dos supuestos aludidos por RODLEY y POLLARD no son ilustrativos para la solución de casos límites. A mi entender, las categorías elaboradas por estos autores corresponden a hipótesis de negación de la detención. La detención no reconocida, parece asimilarse a una conducta denegatoria omisiva, a diferencia de la detención negada explícitamente, que parece corresponder a una conducta activa de denegación de información realizada tras un requerimiento previo. Ambas situaciones son subsumibles en el marco de la conducta denegatoria de la desaparición.

Antes de concluir con este paralelo, debe hacerse una última apreciación en relación con el factor temporal. Ya se ha aclarado que la brevedad de una privación de libertad no puede impedir la configuración de una desaparición forzada si concurre el resto de los elementos conceptuales. Sin embargo, el tiempo es un elemento importante en la reflexión sobre la conducta denegatoria de información, ya que según algunos autores, ésta se configura una vez que se ha vencido el plazo para dar cumplimiento al derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez<sup>363</sup>. En la práctica pueden presentarse casos difíciles en que, habiéndose infringido este derecho, puede ser complejo determinar si se trata de una desaparición forzada o de una detención

---

<sup>360</sup> *Ibíd.*

<sup>361</sup> KYRIAKOU, *An Affront to the Conscience of Humanity: Enforced Disappearance in International Human Rights Law*, cit., p. 239.

<sup>362</sup> SARKIN, "An Interview with Jeremy Sarkin...", cit., p. 60.

<sup>363</sup> El plazo para llevar a un detenido ante la presencia de un juez ha sido un tema tratado en el Capítulo II, § 2.3.

arbitraria. Habrá que atender a las circunstancias del caso y, especialmente, valorar si este derecho ha sido infringido con el propósito de denegar la información sobre la situación de la víctima. Una vez más, la presencia de esta conducta será determinante para saber si se ha producido una desaparición forzada.

#### **4.2.2.2.        Sustracción a la protección de la ley**

La sustracción a la protección de la ley puede constituirse como una similitud o diferencia dependiendo de la posición que se adopte sobre su naturaleza jurídica. Si se interpreta como un elemento subjetivo no tendrá relación con las detenciones arbitrarias, ya que estas no requieren exigencias subjetivas especiales. Por el contrario, si se interpreta como una consecuencia o como un elemento definitorio objetivo de la desaparición, puede llegar a tener algún rasgo en común con la detención ilegal, porque también implicaría la infracción de garantías procesales del detenido.

Sin embargo, la sustracción a la protección de la ley de la desaparición parece ser algo más que una simple infracción de garantías procesales, dado que imposibilita al detenido el ejercicio de cualquier clase de recurso, derecho o defensa. En cambio, las detenciones arbitrarias no exigen un nivel de desprotección tan acentuado. Si se infringen algunas garantías procesales del detenido, pero subsiste la posibilidad de que éste u otros interesados puedan hacer valer algunos recursos o acciones legales, no se configurará una desaparición forzada, aunque probablemente se estaría cometiendo una detención arbitraria<sup>364</sup>.

### **CONCLUSIONES PRELIMINARES**

Tras el estudio comparativo entre la desaparición forzada y una serie de figuras afines, es posible exponer las siguientes consecuencias preliminares:

---

<sup>364</sup> Según RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 336, este elemento traza la principal diferencia entre ambas figuras.

**1. La similitud de la desaparición forzada con otras figuras es más de carácter contextual que conceptual.**

Desde una perspectiva fáctica, la historia de la desaparición demuestra que este crimen suele cometerse junto a otros ilícitos, como la tortura o la ejecución extrajudicial. Desde una perspectiva jurídica, ante la ausencia de una regulación específica sobre la desaparición forzada, los órganos de supervisión han adoptado un enfoque pluriofensivo, interrelacionando la desaparición forzada con otros ilícitos. Sin embargo, estos antecedentes son meramente contextuales, porque en el plano conceptual se ha demostrado que la desaparición posee elementos definitorios distintivos y no puede ser identificada con otras figuras.

**2. La denegación de información se destaca como un elemento conceptual distintivo.**

La denegación de información es un elemento que concurre únicamente en la desaparición forzada. Puede ocurrir que la denegación de información conlleve la infracción de algunas garantías generando una detención ilegal. Sin embargo, la detención ilegal es un concepto más amplio, que puede configurarse por la infracción de una gama muy diversa de garantías. En cambio, la desaparición forzada es una categoría muy específica de detención ilegal, porque las garantías infringidas están relacionadas con la concurrencia de la denegación de información.

En cambio, los otros elementos conceptuales de la desaparición forzada pueden estar presentes en otras figuras de una u otra manera; a saber:

- a. La privación de libertad está presente en el secuestro y la detención arbitraria. En un plano fáctico puede concurrir también en la ejecución extrajudicial y en la tortura.
- b. El problema del sujeto activo se presenta respecto de cada una de las figuras objeto de comparación, aunque según la opinión tradicional, todos los delitos analizados, salvo el secuestro, son delitos de Estado.

- c. La presencia de la sustracción de la protección de la ley en otras figuras dependerá de la interpretación de este elemento. Si se asume una posición objetiva, la sustracción puede tener alguna similitud con elementos conceptuales de la ejecución extrajudicial y las detenciones arbitrarias. Sin embargo, también es verdad que en la desaparición forzada, la sustracción a la protección de la ley conserva un sesgo especial, porque implica una desprotección jurídica absoluta de la víctima que es difícil de hallar en otras figuras.

## **CAPÍTULO IV: LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES SOBRE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.**

### **ACLARACIONES PRELIMINARES**

Las secciones anteriores han demarcado el contorno conceptual de la desaparición forzada de personas en el Derecho internacional. Ahora ha llegado el momento de comenzar a abordar el tema central de la presente investigación, esto es, la responsabilidad internacional que le cabe al Estado ante la comisión de una desaparición.

Para tal efecto, la primera tarea consiste en identificar con exactitud las obligaciones internacionales que el Estado debe cumplir a propósito de la desaparición forzada, de modo que éste será el objeto central del presente capítulo. Para seguir esa hoja de ruta será necesario recalar en la explicación de algunas cuestiones de carácter general relacionadas con la responsabilidad internacional de los Estados. La finalidad de esta exposición descriptiva es aclarar las herramientas conceptuales necesarias para familiarizarse con la teoría de la responsabilidad internacional y demarcar con más exactitud el objeto de la investigación.

Hecho lo anterior, será necesario legitimar la utilidad de la teoría de la responsabilidad internacional para el Derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la responsabilidad del Estado es una cuestión general del Derecho internacional, siendo necesario justificar su aplicación a los derechos humanos, principalmente porque el proceso de especificación de este ámbito en el Derecho internacional ha despertado algunas pretensiones de autonomía que eventualmente podrían tender a rechazar la utilización de cualquier herramienta externa al campo del Derecho internacional de los derechos humanos.

Tras una toma de postura en este debate, se elaborará una sistematización de las obligaciones internacionales existentes sobre las desapariciones forzadas, tomando como base la CIPPDF, acudiendo a sus trabajos preparatorios, consultando la doctrina y

la práctica internacional y realizando un ejercicio comparado con el resto de los instrumentos internacionales sobre la desaparición.

## **1. NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR EL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL**

El plexo de nociones cuya explicación se pretende abordar está directa o indirectamente conectado con una categoría específica de responsabilidad internacional, a saber, la que le cabe al Estado por la comisión de un hecho ilícito internacional. Por lo tanto, se explicará la noción de esta categoría de responsabilidad y se identificará su marco normativo. Para el objeto de esta investigación, sólo interesa la noción de responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito del Estado, de modo que se descartará la referencia a otras categorías de responsabilidad internacional, v. gr., la responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito de las organizaciones internacionales y la responsabilidad internacional por una conducta no prohibida por el Derecho internacional<sup>365</sup>.

La teoría contemporánea de la responsabilidad internacional del Estado se sustenta sobre la base de una clasificación normativa que distingue entre normas primarias y normas secundarias, clasificación cuyo significado será brevemente esbozado. Tras la exposición de esas primeras nociones básicas, será el momento de hacer referencia a la noción de hecho ilícito internacional, piedra angular de la teoría de la responsabilidad.

### **1.1. El concepto de responsabilidad internacional por el hecho ilícito internacional**

---

<sup>365</sup> Cfr. CDI. *Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales*, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011). A/66/10 (3 de octubre de 2011), pp. 55-184; la misma, *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, en *Yearbook of International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, pp. 146-170.



Para PELLET, la responsabilidad internacional es el “*corolario del Derecho Internacional, la mejor prueba de su existencia y la medida más creíble de su eficacia*”<sup>366</sup>. Por su parte, AGO escribió que “*si se intenta negar la idea de responsabilidad del Estado porque supuestamente entra en conflicto con la idea de soberanía, forzosamente se niega la existencia de un ordenamiento jurídico internacional*”<sup>367</sup>. Para CANÇADO TRINDADE, la responsabilidad internacional representa un “*capítulo complejo, realmente central y fundamental del Derecho internacional público en conjunto*”, ya que “*el grado de consenso que se ha conseguido o no en relación con sus múltiples aspectos [...] está destinado a reflejar, en último término, el grado de evolución y cohesión de la comunidad internacional en su conjunto*”<sup>368</sup>.

La elaboración de un concepto unívoco y general de responsabilidad internacional es una tarea muy compleja, porque debido a su generalidad se trata de una noción que se relaciona con un sinnúmero de tópicos del Derecho internacional. MARIÑO MENÉNDEZ la define como “*un comportamiento determinado, atribuido a un sujeto de Derecho Internacional, [...] calificado por este ordenamiento como «lesivo» para derechos o intereses de terceros sujetos y, por ello, [...] considerado un hecho jurídico al cual el Derecho Internacional vincula consecuencias determinadas: dar origen a un conjunto de nuevas relaciones jurídicas («de responsabilidad») entre el sujeto al que se atribuya el hecho y el sujeto o sujetos injustamente perjudicados por el comportamiento de aquél*”<sup>369</sup>. Según STERN, la responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito internacional se define tradicionalmente como el

---

<sup>366</sup> PELLET, Alain. “The Definition of Responsibility in International Law”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 3: “*responsibility is the corollary of international law, the best proof of its existence and the most credible measure of its effectiveness*”.

<sup>367</sup> CDI. “*Third report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur. The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility. A/CN.4/246 and Add.1-3, 5 de marzo, 7 de abril, 28 de abril y 18 de mayo de 1971, en Yearbook of International Law Commission, 1971, vol. II, part one, p. 205 (párr. 31): “if one attempts [...] to deny the idea of State responsibility because it allegedly conflicts with the idea of sovereignty, one is forced to deny the existence of an international legal order*”.

<sup>368</sup> CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, cit., p. 453: “*a complex, truly central and fundamental chapter of Public International Law as a whole*”, ya que “[t]he degree of consensus that is attained, or not, in relation to its multiple aspects [...] is bound to reflect ultimately the degree of evolution and cohesion of the international community itself as a whole”.

<sup>369</sup> MARIÑO MENÉNDEZ. *Derecho Internacional Público*. Parte General (1993). 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 473.

conjunto de obligaciones que un sujeto internacional debe cumplir como consecuencia de una acción u omisión que le es imputable<sup>370</sup>.

Teniendo en cuenta este concepto general es necesario abordar una visión panorámica de su marco regulador en el Derecho internacional, cuestión a la que se dedicará el siguiente apartado.

## **1.2. El marco normativo de la responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito**

El principal instrumento normativo sobre la responsabilidad internacional del Estado es el *Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (en adelante, PRIEHII) elaborado en el seno de la CDI<sup>371</sup>. Es el resultado de un largo proceso codificador que se inició poco después de la creación de la CDI. En 1949 la Comisión incluyó la responsabilidad internacional entre catorce tópicos que debían ser objeto de un proceso general de codificación internacional<sup>372</sup>. La elaboración de esta lista fue el primer hito de una reflexión sobre la responsabilidad internacional del Estado que, con sus altos y bajos, se prolongó por más de cincuenta años, un plazo demasiado extenso aun a pesar de la alta complejidad de la materia<sup>373</sup>.

---

<sup>370</sup> STERN, Brigitte. “The Elements of an Internationally Wrongful Act”, en *The Law of International Responsibility*, cit., p. 194.

<sup>371</sup> CDI. *Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado*, en CDI. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)*, A/56/10, pp. 21-405. El Proyecto y sus Comentarios han sido traducidos al castellano y pueden consultarse en CRAWFORD, James. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad Internacional del estado*. Introducción, texto y comentarios. Introducción y apéndices traducidos por Luis Fonseca, bajo la supervisión de Carlos Espósito. Madrid: Dykinson, 2004.

<sup>372</sup> La lista que contiene todos los tópicos puede consultarse en CDI. *Report to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission*, 1949, p. 281 (párr. 16).

<sup>373</sup> Para una crítica general a la CDI, vid. ABAD CASTELOS, Montserrat. “El avance sectorial, la fragmentación del orden jurídico y sus riesgos: ¿está a salvo la unidad del Derecho internacional?”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, nº 5, 2001, pp. 41-42; BOYLE, Alan E. et al. *The International Law Commission and the Future of International Law*. London: The British Institute for International and Comparative Law, 1998, pp. 11-17 y 22-24; ZEMANEK, Karl. “Does Codification Lead to Wider Acceptance?”, en ONU. *International Law as a Language for International Relations*. The Hague: Kluwer Law International, 1996, pp. 228, que se refiere a la CDI opinando que “a large body with a time-limit set for its conclusion is a clumsy instrument for handling delicate negotiations” [un gran órgano con un tiempo limitado para sus conclusiones es un instrumento torpe para tratar negociaciones delicadas].

Detallar minuciosamente el trabajo de la CDI durante este largo período de tiempo requeriría un estudio histórico-normativo que escapa del objeto del presente apartado. Sólo a modo de simplificación esquemática, cabe recordar que en el proceso de redacción del Proyecto intervinieron cinco relatores, a saber, Francisco V. GARCÍA AMADOR, Roberto AGO, Willem RIPHAGEN, Gaetano ARANGIO-RUIZ y James CRAWFORD. Cada uno de ellos confeccionó una serie de informes sobre la responsabilidad del Estado, cuya utilidad sigue siendo vigente para la interpretación y comprensión de las diversas materias tratadas en el PRIEHII<sup>374</sup>. En cuanto a las etapas de trabajo, cabe señalar que un proyecto de artículos se aprobó en primera lectura en 1996<sup>375</sup> y que el proyecto definitivo fue aprobado en segunda lectura en 2001. La AG tomó nota de su aprobación en la resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 sobre *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*<sup>376</sup>. El texto de los artículos viene acompañado por un conjunto de Comentarios elaborados por la misma CDI y que constituyen como una herramienta muy valiosa a la hora de interpretar las disposiciones del PRIEHII<sup>377</sup>.

La resolución de la AG simplemente ha “*tomado nota*” del Proyecto, expresión cuyo efecto normativo es indeterminado. El PRIEHII tiene una forma y estructura muy similar a la de un tratado internacional<sup>378</sup>; sin embargo, no siendo un tratado cabe preguntarse cuál es su valor y jerarquía normativa.

Durante su preparación se barajaron dos posiciones opuestas sobre la posibilidad de convertir el Proyecto en una convención internacional. La posición favorable a que el Proyecto terminara siendo un tratado basaba sus argumentos en la alta trascendencia de una materia como la responsabilidad internacional del Estado. Por el contrario, los que estaban en contra esgrimían que la discusión de un tratado era un proceso largo y de

---

<sup>374</sup> Todos los informes y el resto de las fuentes sobre los trabajos preparatorios del Proyecto pueden consultarse en la página web de la CDI. *State Responsibility* [En línea]. *International Law Commission*. Disponible en <[http://legal.un.org/ilc/guide/9\\_6.htm](http://legal.un.org/ilc/guide/9_6.htm)>. [Consulta: 13 de julio de 2014].

<sup>375</sup> CDI. *Draft articles on State responsibility. 1. Text of the Draft Articles Provisionally Adopted by the Commission on First Reading, Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, part two, pp. 58-73.

<sup>376</sup> AG, res. 56/83, *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 12 de diciembre de 2001. Para un breve resumen de las etapas de los trabajos preparatorios del Proyecto, vid. MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público*, cit., pp. 474-475.

<sup>377</sup> PELLET, “The ILC’S Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts”, en *The Law of International Responsibility*, cit., p. 84.

<sup>378</sup> Se trata de un conjunto de artículos, agrupados en cuatro partes, a su vez subdivididas en capítulos.

resultado incierto, que incluso podría arruinar el consenso alcanzado en el seno de la CDI. Además, los miembros de la CDI temían que la estructura y el equilibrio del Proyecto fueran severamente trastocados durante la preparación de un tratado. También se pensaba que el Proyecto podía tener una mayor utilidad y proyección si se iba integrando gradualmente a la práctica de los Estados, tribunales y organizaciones internacionales. Finalmente, nada aseguraba que una convención, recibiría una aceptación amplia por parte de los Estados y que éstos no alteraren su sentido y eficacia mediante la formulación de reservas. En definitiva y con independencia de las críticas que se pueden plantear, ésta ha sido la postura que ha prevalecido. La AG, desafortunadamente, se mantuvo al margen del debate y no hizo más que acatar la voluntad de los comisionados procediendo a tomar nota del Proyecto<sup>379</sup>.

Esta posición asustadiza es insostenible y los argumentos con que se pretendió justificarla carecen de sentido por estar basados en meras especulaciones. ¿Qué tratado no conlleva los riesgos antes reseñados? Las expectativas de éxito no pueden en ningún caso justificar una actitud reacia hacia la regulación convencional de una materia tan relevante, ya que, según las palabras de GUTIÉRREZ ESPADA, “[e]l tratado internacional, por su naturaleza vinculante, por ser no sólo codificación sino desarrollo progresivo, por no limitarse, cuando lo hace, a codificar sin más sino que, al y por hacerlo, concreta, clarifica, pule, perfecciona en suma las normas no escritas, por su auctoritas frente a otros instrumentos internacionales, y, en fin porque [...] es la única manera que permite «establecer mecanismos concretos que permitan resolver las diferencias que surgen en la práctica» ante una Corte o Tribunal, es la forma idónea, más rigurosa y noble con el que el denodado esfuerzo de la CDI sobre la responsabilidad internacional debe revestirse”<sup>380</sup>.

En el presente, nada permite presagiar que dentro de un corto o mediano plazo se inicie una actividad diplomática encauzada hacia la redacción de un tratado internacional que tome como base el Proyecto. En el marco de la AG la actividad sobre

---

<sup>379</sup> Para una exposición detallada de los argumentos de ambas posiciones, cfr. CARON, David. “The ILC Articles on State Responsibility: the Paradoxical Relationship between Form and Authority”, *American Journal of International Law*, vol. 96, issue 2, october 2002, pp. 861-866; GUTIÉRREZ ESPADA. “Por una responsabilidad «responsable» (a propósito del Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos)”, en MARIÑO MÉNDEZ, Fernando (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI*. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa. Madrid: Trotta, 2002, pp. 383-387; PELLET, “The ILC’S Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts”, cit., pp. 86-87.

<sup>380</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, op. cit., p. 387.

el tópico ha sido muy tímida<sup>381</sup>. En el año 2007, la AG ordenó que se siguiera examinando la cuestión por un grupo de trabajo en el marco de la Sexta Comisión<sup>382</sup>. En el año 2010 dicha Comisión creó un Grupo de Trabajo sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, presidida por Reta ALEMU NEGA. El último período de sesiones en que se hizo referencia al tema ha sido el sexagésimo octavo del año 2013, en el que se reenvió el análisis para el año 2014 a fin de que se adopte una decisión sobre la posibilidad de redacción de una convención o la adopción de otra medida<sup>383</sup>.

En estos órganos las opiniones siguen divididas, habiendo dos posiciones contrarias, una favorable y otra desfavorable. La posición favorable considera que un tratado contribuiría a la paz y la estabilidad de las relaciones internacionales y a la consolidación del Derecho consuetudinario. Además, se argumentó que la práctica de los Estados, tribunales y otros órganos, es una prueba del reconocimiento del valor normativo del Proyecto. Finalmente, se destacó que, de procederse a una conferencia diplomática para la adopción de un tratado, el Proyecto debía ser tratado como un todo indivisible y no debería reabrirse la negociación. Por el contrario, la posición desfavorable al tratado, se preocupa por la eventual falta de aceptación internacional y puntualiza que el Proyecto no es un reflejo del Derecho internacional consuetudinario, porque algunas de sus secciones no están del todo claras y son objeto de debate y disputa<sup>384</sup>.

Ahora bien, si el PRIEHII no es un tratado internacional, ¿es posible enmarcarlo en otra de las fuentes del Derecho internacional? ¿Cuál es su verdadero valor

---

<sup>381</sup> A través de la resolución por la que se tomó nota del Proyecto, la AG decidió incluir el tema en el programa provisional de su quincuagésimo noveno período de sesiones del año 2004. Mediante la res. 59/35, *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 2 de diciembre de 2004 y antes de postergar una vez más el análisis del asunto para el sexagésimo segundo período de sesiones del año 2007, la AG pidió al Secretario General que invitare a los gobiernos a presentar sus observaciones por escrito sobre medidas futuras relativas al PRIEHH y que prepare una compilación inicial de las decisiones de tribunales y otros órganos internacionales relativas al Proyecto, invitando a los gobiernos a presentar información sobre su práctica a ese respecto.

<sup>382</sup> AG, res. 62/61, *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 6 de diciembre de 2007.

<sup>383</sup> AG. SEXTA COMISIÓN. *Proyecto de resolución*. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. A/C.6/68/L.19 (5 de noviembre de 2013).

<sup>384</sup> AG. SEXTA COMISIÓN. *Sixty-fifth session*. Responsibility of States for internationally wrongful acts [En línea]. Disponible en <<http://www.un.org/en/ga/sixth/65/RespStatesWrong.shtml>>. [Consulta: 12 de julio de 2014]; la misma, *Sixty-eighth session*. Responsibility of States for internationally wrongful acts [En línea]. Disponible en <<http://www.un.org/en/ga/sixth/68/StateRes.shtml>>. [Consulta: 12 de julio de 2014].

normativo? Las respuestas a estas preguntas no son ni claras ni definitivas. Ciñéndose a la regulación del sistema de fuentes plasmado en el artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, autores como BROWNLIE y CARON concluyen que el Proyecto es un “*medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho*”, en cuanto asimilable a la doctrina de los publicistas<sup>385</sup>. Sin embargo, MERON considera que los trabajos de la CDI constituyen una etapa en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en el marco de Naciones Unidas, de modo que pueden servir para demostrar la práctica de Estados y organizaciones internacionales<sup>386</sup>. Incluso no faltan quienes creen que el Proyecto representa una codificación de reglas consuetudinarias preexistentes<sup>387</sup>.

Lo cierto es que se trata de una herramienta que ha sido citada por la CIJ en sus resoluciones para apoyar algunas conclusiones a lo largo de la argumentación. Por lo tanto, con independencia de la fuente del Derecho a la que pertenece el Proyecto, sus preceptos están siendo objeto de aplicación en la práctica internacional<sup>388</sup>.

Cuando la CDI trabaja en la codificación de un tópico del Derecho internacional, procede a estudiar los antecedentes que reverberan en las fuentes, sean éstas convencionales, jurisprudenciales o de cualquiera otra índole. Se trata de un trabajo que tiende a sistematizar el Derecho vigente sobre una materia. En ese sentido y a pesar de las críticas legítimas antes reseñadas, las disposiciones del PRIEHII son un reflejo de

---

<sup>385</sup> *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* [En línea]. *International Court of Justice*. Disponible en <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>>. [Consulta: 31 de agosto de 2014]. Cfr. CARON, op. cit., p. 867; BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law* (1966). 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 25; CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law* (1966). 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 45.

<sup>386</sup> MERON. *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989). Reimpresión. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 137. Cfr. BOYLE et. al., op. cit., p. 18. Una buena descripción de las posiciones de la doctrina sobre el valor de los trabajos de la CDI desde la perspectiva de las fuentes del Derecho internacional puede consultarse en SINCLAIR, Ian. *The International Law Commission*. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1987, pp. 120-127, quien tras describir las diversas posturas sobre el punto, asume una tesis similar a la de MERON, concluyendo que los trabajos de la CDI contienen elementos de reconocimiento y comprobación del Derecho internacional.

<sup>387</sup> HESSBRUEGGE, Jan Arno. “Human Rights Violations Arising from Conduct of Non-State Actors”, *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 11, 2005, p. 47.

<sup>388</sup> Cfr., v. gr., CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., párrs. 160 y 293; la misma, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., párr. 140. Un completo informe sobre la aplicación del Proyecto en la práctica internacional, vid. AG. *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales. Informe del Secretario General. A/68/72 (30 de abril de 2013).

una práctica internacional sobre la responsabilidad que se viene gestando hace décadas y no el fruto del antojo de los comisionados.

Pasando a otro tema, la regulación sistemática de la responsabilidad internacional del Estado en el PRIEHII no hubiese sido posible sin una distinción capital de las normas internacionales, esto es, la que diferencia las normas primarias de las secundarias, distinción que será analizada a continuación.

### **1.3. La diferenciación entre normas primarias y secundarias: una clasificación revolucionaria**

Para la comprensión de la mecánica del Proyecto es necesario tener presente una distinción elemental entre dos clases de normas internacionales: las normas primarias y las normas secundarias. Se trata de una clasificación primordial para explicar el espíritu global del Proyecto y de cada una de sus disposiciones. Las normas primarias son las que establecen las obligaciones de hacer y no hacer y a cuyo cumplimiento están obligados los sujetos de Derecho internacional, especialmente, los Estados. En cambio, las normas secundarias son las que determinan cuándo se han vulnerado las normas primarias y qué consecuencias se derivan de dicho incumplimiento<sup>389</sup>.

El Proyecto solamente se preocupa de codificar las normas secundarias de una manera abstracta y formal y se desentiende de las normas primarias. La idea que subyace a este enfoque halla justificación en la intención de crear un cuerpo normativo de carácter general, que sea fácilmente aplicable a toda clase de obligación internacional impuesta por una norma jurídica. La codificación de la totalidad de las normas primarias es una tarea humanamente imposible, de modo que sólo se podía aspirar a la elaboración de un conjunto de reglas generales que fueran lo suficientemente flexibles para adaptarse a la pluralidad de contextos que surgen de la aplicación de las normas primarias. El Relator AGO fue muy perspicaz al darse cuenta de ello y asumió esta

---

<sup>389</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, cit., p. 457, n. 17; GUTIÉRREZ ESPADA. *El hecho ilícito internacional*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 18.

distinción como un verdadero dogma, proponiendo y persuadiendo a los comisionados que los esfuerzos codificadores debían centrarse en las normas secundarias<sup>390</sup>.

Quizás en nuestro presente la diferenciación en comento puede parecer muy evidente, pero en la década de los sesenta del siglo pasado, una importante porción de académicos y prácticos del Derecho internacional no compartía esa visión. El desarrollo evolutivo de la teoría de la responsabilidad internacional, hasta la intuición de AGO, había quedado encorsetada en el marco de los daños causados a los extranjeros y la protección diplomática, dos ámbitos normativos conformados básicamente por normas primarias. De hecho, el grueso del trabajo del primer Relator, el cubano GARCÍA-AMADOR se refirió únicamente a la responsabilidad internacional que surge de los daños causados a los extranjeros. Tiene razón PELLET, por tanto, cuando califica el hallazgo de AGO como un hecho revolucionario<sup>391</sup>.

Pese a la lucidez analítica de este enfoque, cabe señalar que no ha sido exento de críticas, ya que algunos han esgrimido que no es posible trazar una clara demarcación entre las obligaciones internacionales plasmadas en las normas primarias y las reglas de atribución contempladas en las normas secundarias<sup>392</sup>. Quienes defienden la distinción

---

<sup>390</sup> DAVID, "Primary and Secondary Rules", en *The Law of International Responsibility*, cit., p. 28-29. Según este autor que fue el comisionado Herbert BRIGGS quien por primera vez utilizó las expresiones "obligaciones primarias y secundarias", citando un estudio de 1929 elaborado por la Harvard Law School y que se refería a la responsabilidad del Estado por los daños causados a los extranjeros o a su propiedad. De acuerdo con PELLET, "The ILC'S Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts", cit., pp. 76-77, AGO explicó esta clasificación en el curso impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1939 y la defendió durante todo el período en que ejerció como relator de la CDI. Para evitar confusiones, parece ser que esta distinción no pudo haberse inspirado en la célebre diferenciación entre normas primarias y secundarias elaborada por HART, Herbert L.A. *The Concept of Law* (1961). 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 81, que pese a compartir la misma terminología, se refiere a una cuestión parcialmente distinta, en tanto en cuanto para este filósofo del Derecho las normas primarias serían normas de conducta, de hacer o no hacer, mientras que las normas secundarias confieren potestades que pueden incidir en la modificación o creación de las normas primarias. Por lo demás, las fechas no coinciden, ya que la primera publicación de esta obra maestra de la filosofía del Derecho se remonta a 1961, fecha muy posterior al año en que AGO dictó su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

<sup>391</sup> PELLET, "The ILC'S Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts", cit., pp. 75-76.

<sup>392</sup> Vid. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, cit., p. 436, para quien la imputabilidad se torna una noción superflua o una ficción, si se disocia de la norma primaria (esta crítica fue eliminada en la 8ª ed. de esta obra a cargo de CRAWFORD, cit.); KRESS, Claus "L'organe de facto en Droit international public. Réflexions sus l'imputation a l'état de l'acte d'un particulier a la lumiere des développements récents", *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, p. 122, n. 122. Cabe señalar que no siempre se manejó un enfoque tan normativo. De hecho, el relator ARANGIO RUIZ, consideraba que la atribución de un hecho a un Estado era un proceso netamente fáctico. Vid. CDI. *Second Report of the Special Rapporteur, Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Yearbook of International Law Commission*, 1989, vol. II, part one, pp. 48-53 (párrs. 167-182). Al respecto es interesante mencionar las reflexiones de DAVID, op. cit., p. 32, para quien la "reality often rebels against classifications which are



aceptan parcialmente la crítica, pero sostienen que no es suficiente para derrocar el muro que separa ambas categorías de normas, al menos desde un punto de vista analítico<sup>393</sup>.

El gran mérito de esta distinción estriba en haber permitido la codificación de un conjunto de principios y reglas de carácter general sobre la responsabilidad internacional del Estado. Probablemente, sin esta separación entre obligaciones y reglas de atribución hubiera sido imposible elaborar una teoría de la responsabilidad internacional aplicable a nivel general en el Derecho internacional. Es sobre la base de esta distinción que se ha elaborado el concepto de hecho internacionalmente ilícito, tal como se verá a continuación.

#### **1.4. El hecho internacionalmente ilícito**

El hecho internacionalmente ilícito es el pilar de la responsabilidad internacional del Estado, de modo que una breve alusión a sus principales aspectos es imprescindible. En base a los intereses de esta investigación, se hará referencia a la teoría de la responsabilidad internacional del Estado y al papel del hecho internacionalmente ilícito, para luego analizar la conceptualización de éste último y sus elementos constitutivos.

---

*too rigid and that simple schemes may not always take into account all of the complexity of a topic*” [realidad a menudo se rebela contra las clasificaciones que son demasiado rígidas y puede que los esquemas simples no siempre tomen en consideración toda la complejidad de un tópico], aunque a p. 33 matiza su opinión señalando que “[e]very attempt to classification has its limits: if the classification can facilitate the perception of reality it also leads, as in mathematics, to its simplification. It is sufficient to be conscious of this so that the classification maintains its operational virtues without excluding from view of the object examined” [todo intento de clasificación tiene sus límites: si la clasificación puede facilitar la percepción de la realidad, también conlleva, como en las matemáticas, su simplificación. Basta con estar conscientes de lo anterior, para que la clasificación mantenga sus virtudes operativas sin que saque de vista el objeto examinado].

<sup>393</sup> Cfr. CDI. *First report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur*. Document A/CN.4/490 and Add. 1-7, 24 de abril, 1, 5, 11 y 26 de mayo, 22 y 24 de julio, 12 de agosto de 1998, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1998, vol. II, part one, p. 34 (párr. 154, letra e); CONDORELLI, Luigi/KRESS, Claus. “The Rules of Attribution: General Considerations”, en *The Law of International Responsibility*, cit., p. 225.

#### 1.4.1. Función del hecho internacionalmente ilícito en la teoría de la responsabilidad internacional del Estado

El análisis jurídico de cualquier supuesto de responsabilidad internacional del Estado requiere el estudio de las siguientes cuestiones<sup>394</sup>:

1. El hecho internacionalmente ilícito, esto es, una acción u omisión imputable a un Estado, que comporta la infracción de una obligación internacional vigente para ese Estado<sup>395</sup>.
2. Las circunstancias de exclusión de la ilicitud, o sea, un plexo de supuestos que descartan la antijuridicidad de la infracción<sup>396</sup>.
3. El contenido de la responsabilidad, es decir, el conjunto de consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Las consecuencias del hecho ilícito estriban en un conjunto de obligaciones; a saber: hacer cesar la conducta constitutiva de la infracción; ofrecer las seguridades y garantías de no repetición y reparar integralmente el perjuicio causado, sin perjuicio de las obligaciones adicionales que surgen como consecuencia de la violación de una norma imperativa de Derecho internacional general<sup>397</sup>.
4. Los requisitos previos de fondo y de forma que habilitan la invocación de la responsabilidad<sup>398</sup>.

---

<sup>394</sup> PRIEHII, cit., comentario introductorio n° 3. En doctrina, vid. GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., p. 45.

<sup>395</sup> Así lo define el art. 2 del PRIEHII. Los tres primeros capítulos del PRIEHII están destinados a la regulación detallada del hecho ilícito internacional. El capítulo I se refiere a los “Principios generales” (arts. 1-3); el capítulo II regula la “Atribución de un comportamiento al Estado” (arts. 4-11) y el capítulo III se dedica a la ilicitud con el epígrafe “La violación de una obligación internacional” (arts. 12-15).

<sup>396</sup> Reguladas en el capítulo V de la Primera Parte del PRIEHII (arts. 20-27).

<sup>397</sup> La integridad de la Segunda Parte del PRIEHII está destinada a la regulación de este tópico, estando subdividida en tres capítulos: 1) “Principios generales” (arts. 28-33); 2) “Reparación del perjuicio” (arts. 34-39); 3) “Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de Derecho internacional general” (arts. 40-41). Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., p. 39; el mismo, *La responsabilidad internacional* (Las consecuencias del hecho ilícito). Murcia: Diego Marín Librero Editor, 2005, pp. 27-28; GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo/CERVELL HORTAL, María José. *El Derecho Internacional en la encrucijada*. Curso general de Derecho Internacional Público (1995), 3ª edición. Madrid: Trotta, 2012, p. 543; MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público*, cit., pp. 501-512.

<sup>398</sup> Se hace cargo de esta cuestión el capítulo I de la Tercera Parte del PRIEHII (arts. 42-48).

5. Las contramedidas, o sea, las acciones que pueden adoptarse para obtener el cumplimiento de las obligaciones que surgen como consecuencia de la configuración de la responsabilidad<sup>399</sup>.

La reunión de estos tópicos y la interacción entre ellos conforman una verdadera teoría de la responsabilidad internacional del Estado con un carácter relativamente sistemático.

A renglón seguido, se ahondará en la conceptualización del hecho ilícito internacional.

#### **1.4.2. El concepto de hecho internacionalmente ilícito**

El hecho ilícito es el corazón de la teoría de la responsabilidad internacional del Estado, el motor que da vida al resto de las secciones de dicha teoría. Según artículo 2 del PRIEHII, puede conceptualizarse como una acción u omisión imputable al Estado que viola una obligación internacional vigente<sup>400</sup>.

La lectura de la definición del hecho ilícito permite inferir que está integrada por dos elementos: el comportamiento imputable y la ilicitud del mismo<sup>401</sup>. Tradicionalmente, el primero ha sido denominado elemento objetivo y el segundo, elemento subjetivo. Sin embargo, se trata de una terminología inexacta, porque la subjetividad u objetividad del acto dependerán de la norma primaria y las circunstancias del hecho<sup>402</sup>.

Existe cierta discusión sobre el orden lógico de ambos elementos. El problema no es baladí, porque si la configuración del hecho ilícito depende de la concurrencia de

---

<sup>399</sup> Capítulo II de la Tercera Parte del PRIEHII (arts. 49-54).

<sup>400</sup> Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., p. 39; GUTIÉRREZ ESPADA/CERVELL HORTAL, op. cit., pp. 502-503; MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público*, cit., pp. 477-478.

<sup>401</sup> Así lo sostuvo también la CIJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, judgment, 24 de mayo de 1980, *I.C.J. Reports*, 1980, pp. 3-46, párr. 56. En doctrina cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., p. 49; GUTIÉRREZ ESPADA/CERVELL HORTAL, op. cit., pp. 502-503; PRZETACZNIK, Franciszek. "The International Responsibility of the States for Ultra Vires Acts of their Organs", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 61, 1983, pp. 67-80, 129-160, p. 70.

<sup>402</sup> PRIEHII, cit., art. 2, comentario n° 3, aclarando que la subjetividad se refiere a las personas cuyo comportamiento viene atribuido al Estado. Cfr. STERN, op. cit., p. 202.

ambos elementos, debe determinarse el orden a seguir en el proceso de valoración destinado a comprobar esta concurrencia. Lógicamente, es más adecuado comenzar con la constatación de la ilicitud y luego continuar con la atribución<sup>403</sup>.

Dada la capital importancia de la noción de hecho ilícito internacional, se procederá a explicar cada uno de sus elementos constitutivos.

#### **1.4.2.1. La ilicitud**

La ilicitud es la disconformidad, violación o vulneración de una obligación internacional, que se genera por un hecho de un Estado. La determinación de la ilicitud se realiza en relación con el Derecho internacional. Como bien exponen GUTIÉRREZ ESPADA y CERVELL HORTAL, se trata de un “*principio con dos caras [porque] un hecho sólo es ilegal cuando el Derecho internacional así lo decide; un Estado no puede alegar su Derecho interno como causa que justifique el incumplimiento del Derecho internacional*”<sup>404</sup>.

El comportamiento, acto o hecho del Estado es el núcleo de la ilicitud<sup>405</sup>. Dependiendo de la norma primaria, puede consistir en una acción, una omisión o una

---

<sup>403</sup> El art. 2 del PRIEHII se refiere primero a la atribución y luego a la ilicitud. Según PRZETACZNIK, op. cit., pp. 72 y 75 y STERN, op. cit., pp. 201-202, el orden del Proyecto es correcto. En cambio, para DUPUY, Pierre-Marie. “Infraction (Droit International Public)”, en GÜNCÜ, Ozgöl (col.), *Répertoire de Droit International*. 3 vols. Paris: Dalloz, t. II, 1999, p. 25, los elementos están invertidos. Ésta última parece ser la opinión más acertada desde un punto de vista práctico y normativo. Desde el punto de vista práctico, es más adecuado valorar primero si se ha infringido una obligación internacional, para luego determinar si dicha infracción es imputable al Estado. Así las cosas, si en esta primera valoración se descarta la existencia de la infracción, lógicamente, puede evitarse la segunda valoración sobre la imputabilidad. En efecto, ¿cómo podría imputarse algo que no existe? Desde el punto de vista normativo, en cambio, la configuración de la imputabilidad no es una valoración de hecho, sino un juicio valorativo basado en reglas de atribución plasmadas en normas jurídicas, de modo que se trata de una operación compleja y abstracta. La operatividad de la imputabilidad depende de la existencia de una infracción. Por lo tanto, si se comprueba la inexistencia de una ilicitud, no parece lógico que el operador jurídico se adentre en la valoración de la imputabilidad.

<sup>404</sup> Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA/CERVELL HORTAL. *El Derecho internacional en la Encrucijada*. Curso General de Derecho Internacional Público (1995). 2ª ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 516; PRIEHII, cit., art. 3, comentario nº 1. La imposibilidad de invocar el Derecho interno como una justificante de la infracción se consagra también en el art. 27 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, A/CONF.39/27 (1969), 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

<sup>405</sup> Como bien señala MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 477, no hay claridad sobre la nomenclatura más adecuada para identificar el objeto de la ilicitud. El autor prefiere el término “hecho”, porque comprende la acción y la omisión.

combinación de ambas<sup>406</sup>. La diferenciación entre acción y omisión es determinante para valorar si se ha infringido una obligación. En principio, las obligaciones de hacer se infringen mediante una omisión, a diferencia de las obligaciones de no hacer, que se vulneran mediante una acción. En la misma línea, la diferenciación puede ser útil para identificar la conducta que el Estado debe ejecutar para hacer cesar la infracción, ya que si la infracción ha consistido en una omisión, el acto con que debe cesar dicha infracción será idéntico a la obligación infringida. A su vez, si la infracción es una acción, su cesación consistirá en un comportamiento diferente de la obligación infringida, aunque no siempre debe ser una omisión<sup>407</sup>.

De acuerdo con el artículo 12 del PRIEHII, la fuente jurídica de la obligación internacional es indiferente para los efectos de la configuración de la ilicitud, de modo que el origen de la obligación puede estribar en un tratado internacional, una regla consuetudinaria, un principio general del Derecho, un acto unilateral del Estado, una decisión vinculante de un tribunal internacional o de algún tipo de resolución obligatoria decretada por un internacional<sup>408</sup>.

Los Comentarios del PRIEHII aclaran que tampoco es relevante la naturaleza o jerarquía de la obligación violada, de modo que *“la responsabilidad de los Estados puede nacer de la violación de obligaciones de carácter bilateral o de obligaciones para con algunos Estados o para la comunidad internacional en su conjunto”*<sup>409</sup>. Sin embargo, los mismos Comentarios apuntan que la violación de una obligación que deriva de normas imperativas del Derecho internacional general tiene un tratamiento especial en lo relativo a las consecuencias de la responsabilidad internacional<sup>410</sup>.

---

<sup>406</sup> PRIEHII, cit., art. 2, comentario n° 4, con referencias jurisprudenciales de la CIJ. Cfr. PRZETACZNIK, op. cit., pp. 72-73.

<sup>407</sup> Para un estudio detallado de la diferenciación entre acción y omisión en el marco de la responsabilidad internacional del Estado, vid. LETTY, Franck. “Actions and Omissions”, en *The Law of International Responsibility*, cit., pp. 355-363.

<sup>408</sup> PRIEHII, cit., art. 12, comentario n° 3, con las referencias que ahí se citan y art. 2, comentario n° 7. Cfr. PRZETACZNIK, op. cit., p. 74; NISHIMURA, Yumi. “Source of the Obligation”, en *The Law of International Responsibility*, cit., pp. 366 y 368, para quien la irrelevancia de la fuente de la obligación tiene su fundamento en el hecho de que el PRIEHII se preocupa exclusivamente de normas secundarias, dejando relegada a la interpretación de la norma primaria la tarea de valorar si se ha infringido una obligación internacional.

<sup>409</sup> PRIEHII, cit., art. 12, comentario n° 6.

<sup>410</sup> *Ibíd.* Al respecto, GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., pp. 57-58, argumenta que una cuestión de tan elevada importancia debería haberse explicitado en la letra del art. 12.

En este mismo orden de ideas, el tipo o clase de obligación internacional, tampoco incide en la ilicitud. Por lo tanto, no es influyente que la obligación infringida sea más o menos concreta, de hacer o no hacer, de medio o de resultado<sup>411</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, ciertas clasificaciones de las obligaciones internacionales pueden ser de ayuda para echar luz sobre algunas importantes cuestiones, por ejemplo, la determinación del momento y la manera en que se ha consumado la violación<sup>412</sup>.

Finalmente, el objeto o contenido de la obligación internacional tampoco es influyente, de modo que no es necesario que el comportamiento objeto de la infracción se describa en los mismos términos de la obligación violada<sup>413</sup>.

Ahora bien, a diferencia de las cualidades anteriores, para que pueda haber ilicitud es indispensable que la obligación internacional esté vigente cuando se ha producido el hecho. Así lo impone el principio del Derecho intertemporal o de irretroactividad, consagrado en el artículo 13 del PRIEHII y anteriormente, en el artículo 28 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*<sup>414</sup>. Sobre este punto es conveniente realizar algunas observaciones que pueden ser de utilidad.

En primer lugar, el Derecho aplicable será el que estaba vigente al momento de la producción del hecho, con independencia del periodo en que se presente la reclamación y se substancie el procedimiento destinado a resolver el asunto<sup>415</sup>. Por lo tanto, la ilicitud subsiste si con posterioridad a la comisión del hecho la obligación internacional deja de tener vigencia<sup>416</sup>. Esta regla no debe confundirse con la prescripción de la responsabilidad internacional, institución a la que el Proyecto presta poca atención, destinándole una sola y ambigua disposición –el art. 45– conforme a la

---

<sup>411</sup> ECONOMIDES, Constantin P. “Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result”, en *The Law of International Responsibility*, cit., pp. 371-372. Los arts. 20-23 del Proyecto de 1996 contenían una detallada clasificación de las obligaciones internacionales, pero la misma fue eliminada por obra del Relator CRAWFORD por su escasa utilidad práctica. Cfr., al respecto, *id.*, pp. 375-380; GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., pp. 58-59.

<sup>412</sup> PRIEHII, cit., art. 12, comentario n° 11. Cfr. ECONOMIDES, *op. cit.*, pp. 375 y 377; STERN, *op. cit.*, p. 214.

<sup>413</sup> PRIEHII, cit., art. 12, comentario n° 10. En doctrina, vid. GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., p. 61.

<sup>414</sup> PRIEHII, cit., art. 13, comentario n° 1.

<sup>415</sup> Al respecto, cfr. STERN, *op. cit.*, p. 216; TAVERNIER, Paul. “Relevance of the Intertemporal Law”, en *The Law of International Responsibility*, cit., p. 400, advirtiendo que el principio de irretroactividad no obstruye la aplicación de una interpretación evolutiva.

<sup>416</sup> PRIEHII, cit., art. 13, comentarios n° 7-8. Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., pp. 63-64; STERN, “The Elements of an Internationally Wrongful Act”, cit., p. 216; TAVERNIER, *op. cit.*, p. 399.

que la responsabilidad internacional se prolonga indefinidamente en el tiempo salvo dos excepciones: 1) que el Estado demandado consienta en la extinción o 2) que haya resultado gravemente perjudicado por la demora en la presentación de la reclamación<sup>417</sup>.

En segundo lugar, la determinación del momento en que se ha vulnerado la obligación, además de ser importante para determinar el Derecho aplicable y saber si el Estado demandado estaba jurídicamente obligado, incide en otras cuestiones relevantes. SALMON ha elaborado una lista de temas sobre los que repercute la determinación del momento de la infracción, incluyendo la operatividad de la protección diplomática, la valoración del perjuicio para los efectos de la reparación, la activación de la jurisdicción de un tribunal internacional, el carácter nacional o internacional de una reclamación, la admisibilidad de la acción y la ya mencionada prescripción<sup>418</sup>.

Pues bien, ha quedado bastante claro en qué consiste la ilicitud y cuáles son las circunstancias que deben tenerse en cuenta para su valoración. Acto seguido, se explicará en qué consiste el segundo elemento del hecho ilícito, esto es, la imputabilidad o atribución.

#### **1.4.2.2. La imputabilidad o atribución**

El Estado es una entidad abstracta y colectiva cuyo comportamiento no puede llevarse a cabo sin la actuación de sus órganos. A su vez, éstos últimos están integrados por personas naturales que ejecutan fácticamente el hecho. Por lo tanto, la imputabilidad o atribución es una operación jurídica que tiene por objeto determinar si el comportamiento activo u omisivo de una persona física o jurídica puede considerarse un acto del Estado<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> PRIEHII, cit., art. 45, comentarios n° 6-11. Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., pp. 64-65. Esta norma, tal como lo aclara el PRIEHII, cit., art. 45, comentario n° 1, se inspiró en el art. 45 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, cit., que se remite a la posibilidad de saneamiento de las causas de crisis o inaplicación de los tratados.

<sup>418</sup> SALMON, Jean. "Duration of the Breach", en *The Law of International Responsibility*, cit., 383.

<sup>419</sup> Cfr. CONDORELLI/KRESS, op. cit., p. 221; MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público*, cit., pp. 478-479; PRZETACZNIK, op. cit., p. 71. Según el comentario n° 2 del art. 2(a) del PRIEHII, se optó por la utilización del término "atribución", a pesar de que la palabra "imputación" era bastante recurrente en la jurisprudencia. Esta elección se justifica porque el primero de estos términos "no supone en modo alguno que el proceso jurídico de relacionar un comportamiento con el Estado sea una ficción" (PRIEHII, cit., art. 2, comentario n° 12). En la doctrina comparten esta elección PRZETACZNIK,

El PRIEHII destina el capítulo II de la Primera Parte a la regulación de esta materia, consagrando un conjunto de reglas que pretenden abarcar diferentes clases o categorías de casos<sup>420</sup>. El enfoque del Proyecto es estrictamente normativo y rigurosamente alineado con la diferenciación entre normas primarias y secundarias<sup>421</sup>.

Sabiendo en qué consiste el hecho internacionalmente ilícito, cabe preguntarse si el régimen de responsabilidad internacional es aplicable a las desapariciones forzadas. Para buscar la respuesta a esta pregunta es indispensable tener claridad sobre las conexiones que median entre el régimen general de la responsabilidad internacional del Estado y el Derecho internacional de los derechos humanos.

## **2. LA INTERRELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO**

Para defender la aplicación del PRIEHII ante supuestos de responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas es necesario asumir una posición en el debate sobre la autonomía o dependencia del Derecho internacional de los derechos humanos frente al Derecho internacional general. GUTIÉRREZ ESPADA es muy ilustrativo cuando argumenta que la responsabilidad internacional del Estado es un tema delicado e importante: “[d]elicado *en la medida en que nos habla de «pecados» y «penitencias» cometidos por e impuestos a Estados soberanos [...]; importante, porque la codificación de la Responsabilidad internacional implicará la compilación de las consecuencias jurídicas derivadas de la vulneración de todo el Derecho internacional contemporáneo, de cualquiera de sus normas*”<sup>422</sup>. Por lo tanto, en su opinión las normas generales de la responsabilidad internacional del Estado tendrían una aplicación general.

---

op. cit., p. 72. Por el contrario, GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., p. 84, prefiere el término “imputación” por su carácter técnico (vid. también GUTIÉRREZ ESPADA/CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la encrucijada*, 3ª ed., cit., p. 505). Según CONDORELLI/KRESS, op. cit., p. 223, la elección de uno u otro término no acarrea consecuencias prácticas trascendentes.

<sup>420</sup> Un resumen de la evolución en el tratamiento normativo de esta cuestión en los trabajos preparatorios del Proyecto, puede consultarse en GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., pp. 76-79.

<sup>421</sup> CONDORELLI/KRESS, op. cit., pp. 225-226.

<sup>422</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., p. 16.



Si se considera que el Derecho internacional de los derechos humanos es una rama, un capítulo, una sección del Derecho internacional general, entonces las palabras de este autor cobran sentido, porque el marco general de la responsabilidad internacional del Estado sería plenamente aplicable a las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, esta conclusión no sería sostenible si se adopta una posición que defiende una autonomía absoluta del Derecho internacional de los derechos humanos, considerándolo un sistema hermético, cerrado y autosuficiente. Por ende, es necesario reflexionar sobre el debate relativo a la autonomía o independencia del Derecho internacional de los derechos humanos.

Esa reflexión se emprenderá dando cuenta de las dos grandes posturas teóricas que han intentado construir una respuesta frente la fragmentación del Derecho internacional. Finalmente, se esbozará de qué manera el Derecho internacional de los derechos humanos se conecta con el Derecho internacional general y se tomará una postura sobre la aplicación del marco normativo de la responsabilidad internacional a esta disciplina.

## **2.1. Dos respuestas ante la inevitable fragmentación del Derecho internacional: universalismo vs. particularismo**

Una de las obsesiones de la teoría jurídica internacionalista contemporánea es la reflexión sobre el carácter unitario o fragmentario del Derecho internacional. La especialización y sectorización que han alcanzado ciertos ámbitos jurídicos de la disciplina parece ser indiscutible. Los factores que han contribuido a desmigajar el Derecho internacional en una pluralidad muy variada de ramas que reclaman autonomía son muy heterogéneos. A modo de ejemplo, pueden destacarse la internacionalización de la economía, la necesidad de enfrentar nuevos problemas y desafíos, el debilitamiento de la noción de jerarquía normativa, la aceleración y multiplicación de los procesos de codificación internacional, la desformalización en la generación de normas jurídicas internacionales y la proliferación de órganos jurisdiccionales<sup>423</sup>.

---

<sup>423</sup> FISCHER-LESCANO y TEUBNER, aplicando la teoría de sistemas de Niklas LUHMANN para repensar la sectorización del Derecho internacional, mencionan estas y otras causas, concluyendo enfáticamente que la fragmentación es un fiel reflejo de la diversidad de nuestra sociedad global contemporánea. Cfr. FISCHER-LESCANO, Andreas/TEUBNER, Gunther "Regime-Collisions: the Vain

Pese a lo anterior, la pregunta clave sobre el carácter unitario o fragmentario del Derecho internacional sigue vigente. Dos grandes grupos de teorías han intentado dar respuesta a este dilema. Una de ellas, de carácter universalista, concibe el Derecho internacional como un ordenamiento jurídico unitario. En cambio, para la otra postura no existe un verdadero ordenamiento jurídico internacional, sino un conjunto de subsistemas jurídicos absolutamente autosuficientes. Los partidarios de la postura universalista defienden una aplicación subsidiaria de las normas y principios de Derecho internacional general, mientras que los particularistas, celosos de la autonomía y hermetismo de cada subsistema, se inclinan por la aplicación exclusiva y excluyente de sus normas<sup>424</sup>.

Se trata de dos posiciones modélicas y extremas, que malamente podrían representar la totalidad de las posturas doctrinales sobre este asunto, aunque cualquier posición adoptada en este debate no puede evitar inclinarse hacia uno u otro lado de la balanza, esto es, hacia el universalismo o el particularismo.

Sin duda, la responsabilidad internacional del Estado es uno de los terrenos más fértiles para el análisis de las repercusiones prácticas de este debate. En efecto, una de las finalidades subrepticias a la existencia de regímenes autónomos estriba en excluir la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad internacional del Estado, especialmente, las que se refieran a las contramedidas<sup>425</sup>.

---

Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, Michelle Everson (trad.), *Michigan Journal of International Law*, vol. 95, 2003-2004, pp. 1005-1016, analizando pormenorizadamente las causas de la fragmentación, concluyendo a p. 1017 que “*the fragmentation of law is the epiphenomenon of real-world constitutional conflicts, [...] a legal reproduction of collisions between the diverse rationalities within global society*” [la fragmentación del Derecho es un epifenómeno de los conflictos constitucionales del mundo real [...] una reproducción legal de las colisiones entre las diversas racionalidades al interior de la sociedad global]. Cfr. ABAD CASTELOS, op. cit., pp. 35-56, criticando duramente a la CDI por no haberse encargado adecuadamente del proceso codificador del Derecho internacional; CASANOVAS Y LA ROSA, “Aproximación a una teoría de los regímenes en Derecho internacional público”, en RODRIGO, Angel J./GARCÍA, Catalina (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*. Coloquio en Homenaje a Oriol Casanova. Barcelona 21-22 de mayo de 2009. Madrid: Tecnos, 2011, p. 42.

<sup>424</sup> SIMMA, Bruno/PULKOWSKI, Dirk. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, nº 3, 2006, p. 495. Para una reseña ilustrativa de las obras que originariamente analizaron el concepto de sistema jurídico internacional en la doctrina española, vid. MARIÑO MENÉNDEZ, “Crimen de feminicidio y prevención de la tortura...”, cit., pp.461-462. Entre los defensores de la unidad del Derecho internacional, cfr. ABAD CASTELOS, op. cit., pp. 105-128.

<sup>425</sup> Cfr. SIMMA, Bruno. “Human Rights” en TOMUSCHAT, Christian (ed.), *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 1995, pp. 361-362; SIMMA/PULKOWSKI, op. cit., pp. 492-493.

Durante la preparación del PRIEHII el debate sobre la unidad o fragmentación del Derecho internacional generó alguna discusión<sup>426</sup>. Sin embargo, el tratamiento de este tema fue eliminado del Proyecto a mano del Relator CRAWFORD<sup>427</sup>. Como resultado de esta poda, sólo una disposición del PRIEHII se remite indirecta y someramente a la cuestión, a saber, el artículo 55 que consagra la regla de la *lex specialis*: “[I]os presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional”.

De acuerdo con los Comentarios del PRIEHII, es posible diferenciar una forma débil y una forma fuerte de especialidad. La primera se aplica cuando existe un conflicto entre dos normas sobre responsabilidad, una de carácter general y otra de tipo específico que pertenece a un subsistema normativo. La forma fuerte de especialidad, en cambio, se configura cuando un régimen normativo contempla un sistema propio y autónomo de responsabilidad internacional que conlleva el descarte de cualquier clase de norma general. Esta última categoría de sistemas se denominan autónomos o completos en sí mismos (*self-contained*)<sup>428</sup>.

---

<sup>426</sup> Para una reseña de las posiciones de los diferentes relatores de la CDI, cfr. SIMMA/PULKOWSKI. op. cit., pp. 493-494; los mismos, “*Lege Speciales and Self-Contained Regimes*”, en *The Law of International Responsibility*, cit., pp. 144-145.

<sup>427</sup> Según el argumento principal del Relator, la profundidad y complejidad de una materia como esta demandaba la postergación de su estudio en el seno de la CDI y que finalmente se llevó a cabo bajo el rótulo “*Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*” (*Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*). Toda la documentación de la CDI sobre esta cuestión puede consultarse en la página web de dicho órgano, específicamente, <[http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_9.htm](http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.htm)>. [Consulta: 30 de abril de 2014].

<sup>428</sup> PRIEHII, cit., art. 55, comentario n° 5. Cfr. SIMMA/PULKOWSKI, “*Lege Speciales and Self-Contained Regimes*”, cit., p. 142; los mismos, “*Of Planets and the Universe...*”, cit., pp. 490-491. La existencia de regímenes normativos autosuficientes ha sido reconocida en CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL (en adelante, PCIJ), S.S. “*Wimbledon*” (*United Kingdom, France, Italy & Japan vs. Germany*), judgment, 17 August 1923, párr. 32, concluyéndose que las disposiciones del Tratado de Versalles sobre el canal de Kiel constituían un sistema autónomo; CIJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, cit., párr. 86, afirmándose que el Derecho diplomático es un régimen autónomo. En el primer caso, la PCIJ razona en base a normas primarias, mientras que en el segundo, la CIJ aplica la teoría de los regímenes autosuficientes en relación a normas secundarias. De acuerdo con SIMMA/PULKOWSKI, “*Lege Speciales and Self-Contained Regimes*”, cit., p. 142-143, la esencia del concepto de esta clase de regímenes se refiere a las normas secundarias, de modo que la principal consecuencia jurídica generada por la constitución de esta clase de sistemas es la exclusión del marco general sobre responsabilidad internacional del Estado. En similar sentido, cfr. CASANOVAS Y LA ROSA, “*Aproximación a una teoría de los regímenes en Derecho internacional público*”, cit., p. 46 y 51.

Ahora bien, el Derecho internacional de los derechos humanos ¿constituye un régimen autónomo? De esta cuestión tratará el siguiente apartado.

## **2.2. El Derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad internacional del Estado: ¿autonomía o independencia?**

Desde hace algún tiempo, un sector de la doctrina internacionalista vinculado con los derechos fundamentales claman por la autonomía del Derecho internacional de los derechos humanos. PELLET ha criticado esta corriente refiriéndose a ella con el neologismo “derechohumanismo”<sup>429</sup>. Pero ¿existe una rama autónoma del Derecho internacional dedicada a los derechos humanos?

SIMMA y PULKOWSKI destacan que los tratados internacionales de derechos humanos no proporcionan ningún indicio que ayude a resolver la cuestión, porque no suelen contener cláusulas de reenvío al Derecho internacional general<sup>430</sup>. Lo anterior se justifica por varias razones, entre otras, la incertidumbre que ha envuelto muchos de los tópicos de la responsabilidad internacional y la complejidad inherente a la tarea de acordar una cláusula de dicha naturaleza, tomando en consideración que el tema de la responsabilidad es uno de los más candentes en la preparación de cualquier texto convencional.

Sobre la autonomía del Derecho internacional de los derechos humanos se han escrito ríos de tinta, no siendo posible en esta investigación describir detalladamente todas las posiciones existentes sobre la materia. En términos generales, FLAUSS distingue tres grandes posturas. Para la primera de ellas, denominada separatista o radical, el Derecho internacional de los derechos humanos se erige como una rama del Derecho autónoma e independiente. Otra postura, la tradicional, defiende la integración entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional público general, considerando que el primero es una sección o capítulo del segundo. Según una última postura, la moderada o ecléctica, el Derecho internacional de los

---

<sup>429</sup> PELLET. “«Human Rightism» and International Law”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 10, 2000, pp. 3-16

<sup>430</sup> SIMMA/PULKOWSKI, “*Lege Speciales* and Self-Contained Regimes”, cit., p. 146.

derechos humanos puede obtener cierto provecho si acude al Derecho internacional general en ciertas circunstancias<sup>431</sup>.

Si se defiende la posición moderada o ecléctica es posible sostener que ciertas instituciones del Derecho internacional público general pueden ser útiles para el discurso y la eficacia de los derechos humanos, entre éstas, la responsabilidad internacional del Estado. Una interpretación *pro homine* de las disposiciones en juego contribuirá a iluminar el camino para la aplicación de las normas que sean más protectoras de los derechos humanos, con independencia del sistema normativo al que pertenezcan.

Puede que en ciertos ámbitos de aplicación, el discurso de los derechos humanos sea muy exhaustivo y sofisticado, siendo innecesario recurrir a principios generales. Quizás el mejor ejemplo es la reparación, que en materia de derechos humanos ha evolucionado sobremedida durante las últimas décadas, alcanzando un elevado nivel de especialización si se la compara con la noción general de reparación de las relaciones interestatales. Sin embargo, puede que otros ámbitos de los derechos humanos no hayan corrido la misma suerte, de modo que la ayuda del discurso general de la responsabilidad internacional del Estado puede ser determinante, por ejemplo, en lo que se refiere a las reglas de atribución.

Todo lo anterior permite concluir que el camino que conecta el Derecho internacional general con el Derecho internacional de los derechos humanos debe ser recorrido en ambas direcciones<sup>432</sup>. Aunque los tratados de derechos humanos confieren

---

<sup>431</sup> FLAUSS, Jean François. “La protection des droits de l’homme et les sources du droit international”, en Société Française pour le Droit International (ed.). *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international*. Paris: Pedone, 1998, pp. 11-79. Entre los autores que defienden la autonomía del Derecho internacional de los derechos humanos, vid., por ejemplo, CASANOVA Y LA ROSA, “El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos como regímenes internacionales”, cit., pp. 346-351, justificando su posición en las siguientes características específicas de la disciplina: 1) el hecho de que la protección de los derechos humanos sea un interés primordial de la comunidad internacional; 2) su carácter objetivo, que implica la ausencia de reciprocidad; 3) la existencia de mecanismos propios de protección y 4) la aplicabilidad del principio *in dubio pro libertate*. En cambio, entre los partidarios de la dependencia del Derecho internacional de los derechos humanos, vid. PELLET, “«Human Rightism» and International Law”, cit., pp. 3-16; VILLÁN DURÁN. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Trotta: Madrid, 2006, p. 85.

<sup>432</sup> Entre los autores que defienden la aplicación del marco general de la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos, cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, “Sobre ciertos aspectos de la unidad del orden jurídico internacional”, *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos* (Escuela Social de Granada), vol. VIII-IX, 1979-1980, pp. 113-114; MERON, op. cit., p. 138; MARKS, Susan/AZIZI, Fiorentina. “Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: International Mechanisms”, en *The Law of International Responsibility*, cit., p. 736; SIMMA/PULKOWSKI, “*Lege Speciales* and Self-

derechos subjetivos a los individuos, también imponen obligaciones a los Estados<sup>433</sup>, con lo cual el régimen general de responsabilidad internacional puede tener plena aplicación. Nada impide que los mecanismos de protección de los derechos humanos operen paralela o subsidiariamente con los de la responsabilidad internacional<sup>434</sup> o que las instituciones de la responsabilidad internacional sean utilizadas para la determinación de la responsabilidad estatal por violación de derechos humanos. Por ejemplo, el TEDH no ha tenido ningún empacho en citar el PRIEHII como práctica relevante para la fundamentación de sus decisiones<sup>435</sup>.

De todas formas, debe compartirse la crítica de PISILLO MAZZESCHI, cuando señala que la CDI perdió la oportunidad de otorgar al individuo el papel que se merece en el marco de la responsabilidad internacional del Estado. Para el autor italiano el protagonismo de los individuos en las relaciones internacionales es una de las principales evoluciones del Derecho internacional contemporáneo. La responsabilidad

---

Contained Regimes”, cit., p. 162; PELLET, “«Human Rightism» and International Law”, cit., pp. 10-12; RAMCHARAN, Bertrand G. “State Responsibilities for Violation of Human Rights Treaties”, en CHENG, Bin/BROWN, E. D. (eds.). *Contemporary Problems of International Law: Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday*. London: Stevens and Sons, 1988, pp. 249-ss. Cfr. THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law*, cit., párr. 703, especialmente, commentary (a) y reporter’s notes nº 1. En la sentencia *Militarv and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Judgment, 27 de junio de 1986, *I.C.J. Reports*, 1986, pp. 14-150, párr. 267, la CIJ parece defender la autonomía del Derecho internacional de los derechos humanos, al señalar que “where human rights are protected by international conventions, that protection takes the form of such arrangements for monitoring or ensuring respect for human rights as are provided for in the conventions themselves” [en el evento de que los derechos humanos estén protegidos por tratados internacionales, la protección toma la forma que dichos tratados dispongan para monitorear y asegurar el respeto de los derechos humanos tal como están previstos en las mismas convenciones]. Sin embargo, en el mismo párr., la Corte especifica que el Estado de Nicaragua está enmarcado en el sistema de protección de la OEA y que los mecanismos de protección que estaban vigentes y eran aplicables “have functioned” [han funcionado]. En base a una interpretación a *contrariu sensu* de estas afirmaciones, SIMMA concluye que la CIJ defiende la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre responsabilidad internacional del Estado en el evento de que los mecanismos específicos de protección de derechos humanos no operan con eficacia. Cfr. SIMMA. “International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis”, en Academy of European Law (ed.). *The Collected Courses of the Academy of European Law. The Protection of Human Rights in Europe*, vol. IV, book 2. The Hague: Martinus Nijhoff, 1995, pp. 206-210; el mismo, “Human Rights and State Responsibility”, en REINISCH, August/KRIEBAUM, Ursula (eds.). *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2007, pp. 362-365; SIMMA/PULKOWSKI, “Of Planets and the Universe...”, cit., pp. 508-509 y 524-525. En similar sentido, PELLET, “«Human Rightism» and International Law”, cit., p. 14.

<sup>433</sup> CRAWFORD, “The System of International Responsibility”, en *The Law of International Responsibility*, cit., p. 17.

<sup>434</sup> Cfr. SIMMA/PULKOWSKI, “*Lege Speciales* and Self-Contained Regimes”, cit., pp. 158-162; los mismos, “Of Planets and the Universe...”, cit., 525-529, quienes además no descartan la existencia de una cierta reciprocidad entre los Estados en materia de derechos humanos, por ejemplo, en los sistemas regionales de protección, en cuanto conforman regímenes objetivos de orden público generadores de compromisos recíprocos entre todas las partes contratantes.

<sup>435</sup> TEDH, GC, *Šilih vs. Slovenia*, application no. 71463/01, judgment, 9 de abril 2009, párrs. 107-108; el mismo, GC, *Blečić vs. Croatia*, application no.59532/00, judgment, 8 de marzo 2006, párr. 48.

internacional del Estado no puede ser analizada únicamente en términos interestatales, porque también existe una responsabilidad de los Estados hacia los individuos y el derecho correlativos de éstos a reclamar dicha responsabilidad. El PRIEHII debió haber reflejado esta evolución, por ejemplo, en el tratamiento de la reparación o del régimen de invocación de la responsabilidad<sup>436</sup>. Sin embargo y a pesar de esta grave laguna, creo que no hay obstáculos para la utilización de la reglas de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos.

A modo de conclusión, es pertinente la advertencia de ABAD CASTELOS cuando argumenta que “[I]a autonomía que pudiera alcanzar cada uno de los sectores del Derecho internacional público nunca debería llevar a que se ignorara su innato carácter relacional”, agregando que “la clave fundamental parece residir en la precisión de la serie de normas a respetar como intangibles, bien por su carácter imperativo o bien porque, aun sin alcanzar necesariamente tal condición, actúan como puentes de unión entre diferentes subsistemas o forman parte del Derecho internacional general”<sup>437</sup>. Por tanto, las pretensiones de autonomía del Derecho internacional de los Derechos humanos, pecarían de soberbia injustificada si a lo largo de los senderos del Derecho internacional general se hallan soluciones más protectoras los derechos humanos<sup>438</sup>.

Habiéndose trazado un mapa conceptual de las nociones básicas de la responsabilidad internacional del Estado por el hecho ilícito internacional, es posible abordar con pie firme el análisis descriptivo del conjunto de obligaciones internacionales consagradas en la CIPPDF.

---

<sup>436</sup> PISILLO MAZZESCHI, Riccardo. “The Marginal Role of the Individual in the ILC’s Articles on State Responsibility”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 14, 2004, pp. 39-51.

<sup>437</sup> ABAD CASTELOS, op. cit., pp. 49 y 50, respectivamente.

<sup>438</sup> Resulta muy interesante el artículo de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. “Sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (A propósito del Asunto *Matthews c. Reino Unido*)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 5, enero-junio 1999, pp. 95-108, quien mediante el análisis de un caso particular que involucraba la interacción de tres sistemas normativos –el Derecho internacional general, el Derecho internacional europeo de los derechos humanos y el Derecho Comunitario Europeo– destaca la pobreza, el sectarismo y la fricción de la argumentación de la sentencia, que se basó únicamente en el discurso de los derechos humanos. En términos muy generales la sentencia se pronunció a favor de los derechos políticos de una ciudadana gibraltareña, pero sin un análisis de la situación colonial del istmo de Gibraltar y de la interacción entre los tratados constitutivos sucesivos de la Unión Europea para los efectos de calificar la naturaleza legislativa del Parlamento Europeo.

### **3. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES SOBRE LA DESAPARICIÓN FORZADA: UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN**

La CIPPDF contiene una pluralidad de obligaciones muy diversas entre sí y cuyo tratamiento requiere un esfuerzo de sistematización. El objetivo de este acápite consiste en individualizar las obligaciones internacionales existentes y en sistematizarlas según la finalidad que persiguen. En este análisis no se abordará lo relativo a los mecanismos de protección regulados en la CIPPDF<sup>439</sup>. Tales disposiciones regulan la estructura orgánica del CED, los mecanismos de vigilancia del tratado y una miscelánea de cuestiones vinculadas con el sistema de arreglo de controversias, la interpretación, ratificación, entrada en vigor, enmienda e idiomas del tratado y su aplicación a los Estados federales. Para los efectos de la responsabilidad internacional del Estado, lo que interesa es el aspecto sustantivo de las obligaciones y no las cuestiones formales sobre la estructura y funcionamiento del órgano de supervisión del tratado, ni los aspectos procedimentales de los mecanismos de protección. Es ésta la razón metodológica que justifica excluir el tratamiento de estas últimas materias.

Pues bien, a continuación se hará referencia a la distinción entre obligación de respeto y obligación de garantía. Se trata de una clasificación que ha tenido éxito en la reflexión sobre los derechos humanos y que ha sido consagrada directa o indirectamente en importantes instrumentos internacionales. Por estas razones, es la distinción que se ha tomado como base para la elaboración de la clasificación que se propondrá en este trabajo. Acto seguido se tratará el principio inspirador de toda la CIPPDF, esto es, el derecho de toda persona a no ser sometido a desaparición forzada, porque se trata de la piedra angular que debe inspirar la interpretación del resto de obligaciones internacionales consagradas en la Convención. Finalmente, se abordará la clasificación de las obligaciones internacionales sobre desapariciones explicando en qué consiste cada una de ellas.

#### **3.1. La distinción entre las obligaciones de respeto y garantía como criterio orientador para la sistematización de las obligaciones internacionales sobre desapariciones forzadas**

---

<sup>439</sup> CIPPDF, cit., arts. 26-ss.



Una buena clasificación de las obligaciones internacionales relativas a la desaparición forzada puede ser de gran utilidad para proyectar una visión panorámica sobre el plexo de deberes que los Estados deben cumplir, para diferenciar diversos ámbitos obligacionales que agrupan deberes tendientes a la satisfacción de objetivos generales comunes y para comprender las relaciones que conectan unas obligaciones con otras.

Una adecuada implementación de la CIPPDF requiere que los Estados diferencien e identifiquen el exacto contenido de todas y cada de las obligaciones en ella consagradas. Si bien las disposiciones de la Convención pueden ser aplicadas directamente, el CED ha aconsejado a los Estados que implementen a nivel interno las medidas necesarias para reconocer expresamente su carácter autoejecutable (*self-executing*)<sup>440</sup>.

Clasificar las obligaciones de la CIPPDF no es una tarea fácil, debido a la gran cantidad de deberes en ella regulados y la multiplicidad de interconexiones existentes entre ellos. Un análisis lineal del texto convencional, artículo por artículo, es desaconsejable, porque obstaculiza una adecuada comprensión de la urdimbre de relaciones existentes entre sus disposiciones y elude una mirada de conjunto<sup>441</sup>. Lo anterior justifica un esfuerzo tendiente a elaborar una sistematización de las obligaciones que atienda a otro criterio.

En la doctrina especializada sobre desapariciones forzadas se han propuesto diversas formas de clasificar las obligaciones de la Convención. Sin embargo, cabe constatar un defecto que se repite en casi todos estos intentos que consiste en la ausencia de un criterio claro a partir del cual destramar la clasificación de las diversas obligaciones. Este pecado de origen genera como resultado clasificaciones especulativas

---

<sup>440</sup> CED. *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, aprobadas por el Comité en su cuarto período de sesiones (8 a 19 de abril de 2013)*. CED/C/URY/CO/1 (3 de mayo de 2013), párrs. 7 y 8.

<sup>441</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: nunca es tarde si la dicha es ¿buena?: examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la «Ley de Memoria Histórica»”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 7, 2008, p. 20.

que no proponen grupos de deberes con características comunes y que no pasan de ser simples listas enunciativas de obligaciones<sup>442</sup>.

Estas falencias justifican la búsqueda de un criterio clasificatorio claro y con un sustento normativo sobre cuya base se pueda elaborar una sistematización de las obligaciones internacionales. Para tal efecto, puede considerarse como punto de referencia la distinción clave del Derecho internacional de los derechos humanos que diferencia entre obligación de respeto y obligación de garantía. Sobre la base de esa distinción es posible plantear una clasificación de las obligaciones sobre desapariciones forzadas<sup>443</sup>.

La obligación de respeto representa un deber negativo para el Estado que consiste en la abstención de violar derechos humanos a través de sus propios agentes<sup>444</sup>. En cambio, la obligación de garantía se traduce en obligaciones afirmativas o positivas que obligan al Estado a la adopción y creación de las medidas y condiciones necesarias

---

<sup>442</sup> Para los intentos de clasificación de las obligaciones sobre desapariciones forzadas, cfr. MCCRORY, op. cit., p. 549, quien las agrupa sobre la base del articulado de la CIPPDF, diferenciando: el derecho a no ser desaparecido (arts. 1-2); las obligaciones de penalización, persecución y sanción (arts. 3-8); obligaciones sobre la jurisdicción y la investigación (arts. 9-12); obligaciones sobre la extradición y la cooperación judicial (arts. 13-16); obligaciones de prevención (arts. 17-23); obligaciones de reparación, incluyendo obligaciones específicas sobre los niños (arts. 24-25); VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 115-117, distinguiendo siete categorías de obligaciones basándose en el *case law*: 1) respeto; 2) prevención; 3) investigación; 4) procesamiento; 5) sanción; 6) reparación; y 7) protección; VIBHUTE, “The 2007 International Convention against Enforced Disappearance...”, cit., pp. 303-304, quien identifica las siguientes obligaciones sin adoptar un criterio distintivo: 1) penalización; 2) jurisdicción; 3) extradición o procesamiento; 4) investigación; 5) cooperación internacional; 6) información; 7) verdad; 8) reparación; 9) devolución de restos mortales; RODLEY/POLLARD, op. cit., pp. 358-359, quienes sistematizan las obligaciones de la siguiente manera sin seguir un criterio: 1) tipificación penal y atribución de la jurisdicción; 2) investigación; 3) información; 4) verdad; 5) reparación; 6) obligaciones específicas sobre niños y 7) principio de no devolución.

<sup>443</sup> Para una propuesta similar a la que se expone en el cuerpo del texto, vid. CAPELLÁ I ROIG, op. cit., pp. 274-277.

<sup>444</sup> Cfr. AGUIAR, Asrúbal. “La responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo/NIETO LOAIZA, Rafael (comps.). *Estudios básicos de derechos humanos I*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 131; DULITZKY, Ariel E. “Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos”, en MARTIN, Claudia/RODRIGUEZ-PINZÓN, Diego/GUEVARA, José A. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México D.F./Washington: Universidad Iberoamericana A.C./Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University/Fontamara, 2004, p. 84; GARCÍA ELORRIO, Magdalena. “Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de la noción de diligencia debida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” [En línea], *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, vol. 1, n° 1, 2011. Disponible en <<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/286>>. [Consulta: 30 de abril de 2014], p. 5; MEDINA QUIROGA, Cecilia/NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección* (2007). Edición actualizada por Valeska David Contreras e Ignacio Mujica Torres y revisada por los autores. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011, p. 8; NIKKEN, Pedro. “El concepto de derechos humanos”, en *Estudios básicos de derechos humanos I*, cit., pp. 29-30.

para hacer efectivos los derechos humanos<sup>445</sup>, entre éstas, las que tienen por objeto impedir la comisión de violaciones a mano de sujetos particulares<sup>446</sup>.

De la obligación de garantía, a su vez, surge un plexo de obligaciones específicas, esto es, las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos<sup>447</sup>. Según CHINCHÓN ÁLVAREZ, estas obligaciones son complementarias entre sí y no pueden sustituirse o alternarse, con lo cual el Estado debe cumplirlas todas y en su cabalidad<sup>448</sup>.

Ahora bien, esta distinción no es meramente académica, sino que posee un indiscutible reconocimiento normativo en diversos tratados de derechos humanos a nivel universal y regional, bastando para confirmarlo la lectura del artículo 2(1) del PIDCP, el artículo 1(1) de la CADH, el artículo 1 de la CEDH y el artículo 1 de la CADHP<sup>449</sup>. Todas estas disposiciones, con sus respectivos matices, contemplan ambos

---

<sup>445</sup> Cfr. AGUIAR, op. cit., p. 132; DULITZKY, op. cit., pp. 84-85 y 89; GARCÍA ELORRIO, op. cit., p. 5; MEDINA QUIROGA/NASH ROJAS, op. cit., p. 30.

<sup>446</sup> Cfr. AGUIAR, op. cit., pp. 132, quien distingue una responsabilidad inmediata del Estado, que se configura por una violación cometida por agentes estatales, de una responsabilidad mediata, que se configura cuando los agentes estatales faltan a la debida diligencia para prevenir o enfrentar las violaciones de derechos humanos cometidas por acción u omisión de particulares; GARCÍA ELORRIO, op. cit., p. 2. En la práctica, vid. a modo de ejemplo, CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 176; HRC, *Observación General n° 31*, cit., párr. 8. La aplicación del estándar de diligencia debida ante violaciones de derechos humanos cometidas por sujetos privados, será abordada en el Capítulo VIII, § 3.

<sup>447</sup> Cfr. AGUIAR, op. cit., p. 132; DULITZKY, op. cit., p. 85; MEDINA QUIROGA/NASH ROJAS, op. cit., p. 10; NIKKEN, op. cit., p. 30.

<sup>448</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid: Parthenon, 2007, p. 240.

<sup>449</sup> Cfr. PIDCP, cit., art. 2(1): “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; CADH, cit., art. 1(1): “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; CEDH, cit., art. 1: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”; CADHP, cit., art. 1: “The Member States of the Organization of African Unity parties to the present Charter shall recognize the rights, duties and freedoms enshrined in this Chapter and shall undertake to adopt legislative or other measures to give effect to them” [Los Estados miembros de la Organización de la Unión Africana firmantes de la presente Carta, reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto]. En cuanto al *soft law*, vid. *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* (en adelante, *Principios y Directrices sobre reparación*), res. 60/147 de la AG, 16 de diciembre de 2005, principio I(1): “Obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el

pilares obligaciones –el respeto y la garantía– a partir de los que se ha desarrollado una interpretación amplia que defiende la posibilidad de derivar de esas obligaciones generales, los deberes más específicos de prevenir, investigar, sancionar y reparar<sup>450</sup>.

Ciertamente en la doctrina se han ensayado otras sistematizaciones sobre las principales obligaciones de derechos humanos, pero la clasificación que distingue entre

---

*Derecho internacional humanitario. 1. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos dimana de: a) Los tratados en los que un Estado sea parte; b) El Derecho internacional consuetudinario; c) El Derecho interno de cada Estado”; principio II(3): “Alcance de la obligación. 3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones; b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el Derecho interno e internacional; c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante”.*

<sup>450</sup> En cuanto al art. 1(1) de la CAH, la jurisprudencia de la CorteIDH ha sostenido que la obligación de garantía allí consagrada engloba las cuatro obligaciones específicas (prevenir, investigar, sancionar y reparar). Cfr. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 166; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, párr. 110; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 175; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 140; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 236.

Lo mismo ha sostenido el HRC respecto del art. 2 del PIDCP: *Observación General n° 31*, cit., párr. 8.

En cuanto al art. 1 de la CADHP, la ACHPR ha sostenido que la disposición contiene ambas obligaciones de respeto y garantía. Cfr. los casos *Dawda K. Jawara vs. Gambia*, comunicaciones n° 147/95 y 149/96, 11 de mayo de 2000, párr. 46; *Institute for Human Rights and Development in Africa vs. Angola*, comunicaciones n° 292/04, 7 al 22 de mayo de 2008, párrs. 82-83.

La CEDH ha requerido un trabajo interpretativo mayor, porque su art. 1 sólo utiliza la palabra “reconocer”, aunque a través de una interpretación sistemática de la Convención algunos autores estiman que el precepto aglutina tanto el deber de respeto como el de garantía. Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, cit., p. 236, n. 673. De acuerdo con VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 103-109, si bien la intención originaria de los redactores era pensar es un instrumento que contemplare obligaciones estrictamente negativas, la jurisprudencia del TEDH no ha seguido esa línea y ha interpretado que el art. 1 también se remite a obligaciones positivas. En la misma línea, MOWBRAY, Alastair. *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights* (2001). 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 75. Cfr., v. gr., *Marckx vs. Belgium*, judgment, application no.6833/74, 13 de junio de 1979, párr. 31; *Airey vs. Belgium*, judgment, application no.6289/73, 9 de octubre de 1979, párrs. 25-26.

Para una visión general sobre la consagración de las obligaciones de respeto y garantía en el Derecho internacional de los derechos humanos, cfr. DULITZKY, op. cit., pp. 82-ss; GÓMEZ ISA, Felipe. “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos”, en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.), *El derecho a la memoria*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, 2006, pp. 30-31. Para la relación entre estos dos pilares obligacionales, la lucha contra la impunidad y la reparación de las víctimas, vid. COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. “Presentación”, en GALLÓN GIRALDO, Gustavo/REED HURTADO, Michael (eds.). *Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2007, p. 16.

obligación de respeto y obligación de garantía es la que goza de un mayor respaldo a nivel convencional, jurisprudencial y doctrinario<sup>451</sup>.

Pues bien, sobre la base de esta distinción general se propondrá una clasificación de las obligaciones internacionales específicas sobre la desaparición forzada. En primer lugar se tratará el principio general inspirador de toda la Convención Internacional, personificado en el derecho de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada. Hecho eso, se procederá a analizar cuatro ámbitos obligaciones que a su vez agrupan deberes específicos: 1) la prevención, 2) la investigación, 3) la sanción, y 4) la reparación. Además de hará referencia a algunas obligaciones especiales sobre los niños afectados por la desaparición, que no pueden ser encajadas en alguno de esos cuatro ámbitos, porque aglutinan una serie de deberes especiales que se relacionan con todos ellos.

### **3.2. El derecho de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada y el carácter absoluto de la norma internacional que prohíbe dicho crimen**

En este trabajo ya se ha comentado que la desaparición forzada ha sido considerada un ilícito de carácter pluriofensivo. Asimismo, se ha hecho alusión a las ventajas de esa concepción, particularmente desde el enfoque de la protección de los derechos fundamentales afectados por la desaparición. Sin embargo, el mayor defecto de este enfoque es haber ralentizado la consideración de la desaparición forzada como un ilícito autónomo e independiente y haber retardado la plasmación de su prohibición

---

<sup>451</sup> Se trata de una clasificación inspirada en la clásica diferenciación entre obligaciones positivas (respeto) y obligaciones negativas (garantía). Vid. HRC, *Observación General n° 31*, cit., párr. 6. Para una referencia conceptual de las obligaciones positivas y negativas, vid. STEINER, Henry J./ALSTON, Philip/GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context* (1996). Law, Politics, Morals. Texts and Materials. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 186. Para una clasificación más detallada de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos vid. íd., pp. 187-189, donde se diferencian las siguientes obligaciones: respeto, creación de los mecanismos institucionales para la eficacia del derecho, protección y prevención, otorgamiento de bienes y servicios para la satisfacción del derecho y promoción. Además, cabe hacer referencia a la influyente obra de SHUE, Henry. *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy* (1980). 2ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1996, pp. 51-53, que diferencia tres grandes clases de deberes: evitación, protección y asistencia (*avoidance, protection, aid*).

absoluta y la consagración de un derecho fundamental independiente a no ser sometido a ella<sup>452</sup>.

Afortunadamente, el artículo 1(1) de la CIPPDF vino a reparar este desajuste normativo, consagrando el derecho de toda persona a no ser sometido a una desaparición forzada<sup>453</sup>. El reconocimiento de este derecho, sin duda alguna, es una gran innovación y junto con la definición de la desaparición conforman “*la esencia de todo lo previsto en la Convención*”<sup>454</sup>. La DPPDF y la CIDFP no contemplaban este derecho en términos explícitos, limitándose solamente a reconocer el carácter pluriofensivo de la desaparición<sup>455</sup>.

Ahora bien, OTT se ha mostrado escéptica en relación a la capacidad del CED para superar el enfoque pluriofensivo<sup>456</sup>. Pese al realismo de esta opinión, es necesario propugnar una posición proactiva y crítica. La plasmación de un derecho a no ser sometido a desaparición forzada debe tener una repercusión práctica concreta en lo que se refiere a la prevención y sanción de este ilícito. Por ejemplo, si la obligación internacional de tipificación penal de la desaparición forzada se interpreta desde la óptica de un enfoque unitario, la conclusión lógica es que los Estados tienen la obligación de incorporar en su ordenamiento interno un tipo penal específico de desaparición forzada. Sin embargo, una visión pluriofensiva podría justificar una conclusión menos exigente en base a la que se considere suficiente la incorporación de tipos penales que protejan indirectamente los bienes jurídicos afectados por la desaparición<sup>457</sup>.

Desde un punto de vista político, la existencia de un derecho de esta naturaleza implica un reconocimiento indiscutible de la importancia de la lucha contra las desapariciones forzadas y de su consideración como un fenómeno específico y

---

<sup>452</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párrs. 43 y 96; GALELLA, op. cit., pp. 85-86; VENTURINI, op. cit., p. 941.

<sup>453</sup> También se refiere a este derecho el párr. 8 del Preámbulo de la CIPPDF.

<sup>454</sup> CHINCHÓN ALVAREZ. “La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas...”, cit., p. 20. Cfr. CITRONI, Gabriella/BIANCHI, Maria Giovanna. “The Committee on Enforced Disappearances: Challenges Ahead”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, fascicolo 1, 2012, p. 138.

<sup>455</sup> Cfr. DPPDF, cit., art. 1; CIDFP, cit., párr. 5 del Preámbulo. El GTDFI ha valorado positivamente la incorporación de este derecho en las Constituciones de algunos Estados. Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas..., A/HRC/16/48/Add.3, cit., párr. 7.

<sup>456</sup> OTT, op. cit., pp. 196-197.

<sup>457</sup> Vid. § 3.6.1.1 de este mismo capítulo.

autónomo. En definitiva, la consagración de este derecho no puede ser vista como un elemento decorativo insertado en la Convención con un efecto meramente rimbombante, pero desprovisto de fuerza. Todo lo contrario, debe convertirse en la brújula que debe guiar al operador jurídico en la interpretación y aplicación de las obligaciones establecidas en la Convención y en la implementación de los mecanismos de prevención, sanción y reparación.

Pasando a otra cuestión, el derecho no ser sometido a desaparición forzada tiene un carácter absoluto, de modo que no es susceptible de derogación, suspensión o limitación en ninguna circunstancia, aunque se trata de una situación apremiante, grave o excepcional<sup>458</sup>. La formulación en términos negativos del derecho a “no” ser sometido a desaparición forzada, refuerza su carácter absoluto e inderogable.

La cara inversa de este derecho humano es la obligación internacional que tienen los Estados de no participar en la comisión de la desaparición forzada. Se trata de una obligación internacional formulada como una concreción específica de la obligación general de respeto<sup>459</sup>. Sin embargo, los Estados también deben cumplir con la obligación general de garantía, que a su vez despliega un abanico de obligaciones específicas destinadas a prevenir la desaparición, a investigar y sancionar a los perpetradores y a reparar a las víctimas. Por lo tanto, el contenido de las obligaciones generales de respeto y garantía se refleja en las obligaciones internacionales que surgen del derecho a no ser sometido a desaparición forzada<sup>460</sup>. En ese sentido, este derecho se erige como un principio general y en esa calidad debe ser utilizado para la interpretación y aplicación de las diversas obligaciones consagradas en la Convención Internacional.

Como último punto, es necesario resaltar el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la desaparición forzada de personas. Como bien indica CANÇADO

---

<sup>458</sup> Esta cualidad también se infiere de lo dispuesto en los arts. 7 de la DPPDF, X de la CIDFP y 1(2) de la CIPPDF. En doctrina, cfr. MCCRORY, op. cit., p. 549; PARAYRE, op. cit., pp. 36-37; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 64-65. El debate realizado durante los trabajos preparatorios de la CIPPDF puede consultarse en CDH. *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 25-26. Por su parte, el CED, en sus *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párrs. 10-11, recomendó a ese Estado incorporar en su ordenamiento interno una disposición expresa que prohibiere la invocación de las circunstancias excepcionales descritas en el art. 1 de la CIPPDF.

<sup>459</sup> Cfr. CAPELLÀ I ROIG, op. cit., pp. 272-273; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 213. Como prohibición, ya había sido consagrada en la DPPDF, cit., art. 2(1). Para la idea general de la correlatividad entre un derecho humano y la obligación internacional de un Estado, vid. STEINER/ALSTON/GOODMAN, op. cit., p. 185.

<sup>460</sup> Cfr. MCCRORY, op. cit., p. 549; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 28.

TRINDADE, la noción del *ius cogens* está relacionada con la identificación de ciertas normas internacionales que poseen una mayor jerarquía. Entre estas normas, desde luego, se hallan los derechos humanos. Según este autor, la injerencia de los derechos humanos hace que el concepto de *ius cogens* sea un concepto que está expandiéndose en dos sentidos: en un sentido horizontal, por la ampliación del catálogo de derechos; y en un sentido vertical, por la interacción entre Derecho internacional y Derecho interno, dado que cualquier medida jurídica nacional que implique una vulneración de un derecho humano cubierto por la protección del *ius cogens* debe considerarse inválida<sup>461</sup>.

El *ius cogens*, por tanto, da cuenta de la existencia de ciertos valores humanos básicos que están vigentes a nivel internacional y que no pueden ser objeto de vulneración alguna. La protección de ciertos derechos humanos es uno de esos valores y, desde luego, el derecho a no ser sometido a desaparición forzada es uno de los derechos amparados por el *ius cogens*. En efecto, la desaparición forzada tiene algunas características especiales que reafirman el carácter de *ius cogens* de la norma que prohíbe su comisión, entre otras: la capacidad de generar impunidad, la participación del Estado, la inderogabilidad del derecho a no ser sometido a desaparición forzada, la aplicabilidad de la jurisdicción universal, la incorporación de la desaparición forzada al Derecho interno de varios Estados, el carácter pluriofensivo del crimen y la similitud entre la desaparición y la tortura<sup>462</sup>. En el fondo, la evolución normativa que ha experimentado la prohibición de la desaparición forzada y la aceptación que ha recibido en la práctica refleja su consolidación en el Derecho internacional como una regla de *ius cogens*<sup>463</sup>.

Ahora bien, cabe preguntarse si la prohibición de toda desaparición forzada está protegida por el *ius cogens* o solo las cometidas en el marco de crímenes de lesa humanidad. Atendido al reconocimiento normativo de la desaparición forzada como

---

<sup>461</sup> CANÇADO TRINDADE, “Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Jus Cogens*: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, 2012, pp. 532-533.

<sup>462</sup> Cfr. *id.*, pp. 532-536; SARKIN, ““Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained *Jus Cogens* Status in International Law”, *Nordic Journal of International Law* vol. 81, 2012, pp. 564-566 y 568-570, 574-576.

<sup>463</sup> SARKIN, “Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained *Jus Cogens* Status in International Law”, *cit.*, pp. 541, 567-568 y 571-574, 576-581.



crimen de lesa humanidad en el ER, no puede haber ninguna duda de que la prohibición de su comisión es una norma de *ius cogens*<sup>464</sup>.

Sin embargo, debido a la gravedad de la desaparición forzada, muchos precedentes de la práctica internacional propugnan que es un crimen internacional contra la humanidad sin exigir la satisfacción de los elementos contextuales de este tipo de crímenes, esto es, el ataque sistemático y generalizado contra la población civil y la intencionalidad de dicho ataque<sup>465</sup>. En la doctrina internacionalista ocurre algo similar, ya que la mayoría de los autores incluye el derecho a no ser sometido a desaparición forzada en el catálogo de derechos cubiertos por la protección del *ius cogens*<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> Íd., p. 560.

<sup>465</sup> En los todos los instrumentos internacionales sobre la desaparición se hace una referencia a su extrema gravedad. Cfr. DPPDF, cit., párr. 4 del Preámbulo: “*las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y [...] su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad*”; CIDFP, cit., párr. 4 del Preámbulo: “*la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos*”; CIPPDF, cit., párr. 6 del Preámbulo: “*Conscientes de la extrema gravedad de la desaparición forzada, que constituye un delito y, en determinadas circunstancias definidas por el Derecho internacional, un crimen de lesa humanidad*”.

En la práctica internacional también se hace referencia a la gravedad de este crimen o se afirma expresamente que su prohibición es una norma de *ius cogens*. Cfr. AGOEA, AG/RES. 443 (IX-0/79), 31 de octubre de 1979 párr. 3: “*la práctica de las desapariciones es una afrenta a la conciencia de los pueblos del hemisferio, totalmente contraria a nuestros valores tradicionales comunes y a las declaraciones y acuerdos firmados por los Estados americanos*”; la misma, AG/RES. 666 (XIII-O/83), 18 de noviembre de 1983, párr. 4: “*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*”; la misma, AG/RES. 742 (XIV-0-84), 17 de noviembre de 1984, párr. 4: “*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*”; PACE, res. 828 (1984) *on enforced disappearances*, 26 de septiembre de 1984, párr. 2: “*enforced disappearances [...] are incompatible with the ideals of any humane society*”. Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH, afirmando que la prohibición de la desaparición es una norma de *ius cogens*: *Anzaldo Castro vs. Perú*, cit., párr. 57; *Blake vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 15, 24 y 25; CorteIDH. *Blake vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27, Voto Razonado del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 11; *Chitay Nech vs. Guatemala*, cit., párr. 86; *Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 83; *La Cantuta vs. Perú*, cit., párr. 157; *Goiburú y otros vs. Paraguay*, cit., párr. 84; *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 139; *Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 91; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, Voto Concurrente del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 68-69.

<sup>466</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público” [En línea], *Ius et praxis*, vol. 12, n° 1, 2006, pp. 117-154. Disponible en <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=es)>. [Consulta: 15 de septiembre de 2014], punto II.1; ARROCHA, Pablo. “The Never-Ending Dilemma: Is the Unilateral Use of Force by States Legal in the

Por ende, la gravedad de la desaparición forzada, la nocividad de sus efectos, la crueldad inherente a sus conductas, la aceptación recibida en la práctica nacional e internacional y el resto de las características especiales indicadas, hacen que este delito sea contrario a la idea de dignidad humana y que su prohibición sea merecedora del rango de *ius cogens*<sup>467</sup>.

Habiéndose explicado en qué consiste el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, se procederá a exponer la sistematización de las obligaciones internacionales consagradas en la Convención.

### **3.3. Sistematización de las obligaciones internacionales sobre la desaparición forzada de personas**

Tomándose como punto de referencia la diferenciación entre obligación general de respeto y garantía, en este trabajo se proponer clasificar cuatro obligaciones generales en materia de desapariciones, que a su vez despliegan deberes específicos: 1) la prevención, 2) la investigación, 3) la sanción y 4) la reparación. En seguida, se abordará en análisis de cada una de estas obligaciones, añadiéndose una referencia a las

---

Context of Humanitarian Intervention?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 28; BIANCHI, Andrea. “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2008, p. 495; BRÖHMER, Jürgen. *State Immunity and the Violation of Human Rights*. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff, 1997, p. 147; BROOMHALL, Bruce. *International Justice and the International Criminal Court: between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 56; CHARLESWORTH, Hilary/CHINKIN, Christine. “The Gender of Jus Cogens”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15, Issue 1, 1993, pp. 68 y 70; CITRONI, Gabriella/SCOVAZZI, Tullio. “Recent Developments in International Law to Combat Enforced Disappearances”, *Revista Internacional Direito e Cidadania*, n° 3, Fevereiro 2009, pp. 97 y 110; FISCHER-LESCANO, Andreas. “Global Constitutional Struggles: Human Rights between colère publique and colère politique”, en KALECK, Wolfgang et al (eds.). *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Berlin: Springer, 2007, p. 18; GALELLA, op. cit., p. 86; GOODMAN, Ryan/JINKS, Derek P. “Filartiga's Firm Footing: International Human Rights and Federal Common Law”, *Fordham Law Review*, vol. 66, Issue 2, November 1997, pp. 504-505 y 527; JOSEPH, Sarah. *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*. Oxford-Portland: Hart, 2004, p. 25; KYRIAKOU, Nikolas. *An Affront to the Conscience of Humanity: Enforced Disappearance in International Human Rights Law*. Director: Martin SCHEININ. Tesis doctoral. European University Institute, Department of Law, Florence, 2012, p. 234; el mismo, “*The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions to International Human Rights Law...*”, cit., p. 28; ORAKHELASHVILI, Alexander “State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong”, *The European Journal of International Law*, vol. 18, n° 5, 2007, p. 969; RODLEY/POLLARD, op. cit., p. 377; STEINER/ALSTON/GOODMAN, op. cit., p. 170; WHITEMAN, Marjorie M. “Jus Cogens in International Law, with a Projected List”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 1977, pp. 625-626, refiriéndose a los crímenes contra la paz y la humanidad.

<sup>467</sup> SARKIN, “Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained *Jus Cogens* Status in International Law”, cit., pp. 560-564 y 566-567.

obligaciones específicas consagradas en favor de los niños víctimas de desaparición forzada, obligaciones cuya naturaleza es mixta.

### **3.4. La obligación general de prevención y las diferentes obligaciones que le dan concreción**

Sin duda alguna, la prevención es uno de los ámbitos obligacionales más importantes de la CIPPDF y uno de los aspectos que más novedades presenta en relación a otros tratados internacionales de derechos humanos. La Convención es minuciosa en la regulación de las obligaciones que el Estado debe cumplir al respecto, porque entiende que el éxito de la lucha contra la desaparición forzada depende en gran medida de la capacidad que tengan los Estados para prevenirla<sup>468</sup>.

Para una noción general de la obligación de prevención, resulta muy ilustrativa la sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de la CorteIDH, según la que “[e]l deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”<sup>469</sup>.

En relación con la desaparición, debe valorarse qué debe hacer el Estado para evitar su comisión. Se trata de una obligación que puede ser analizada *ex ante* y *ex post* la comisión de una desaparición. Un enfoque *ex ante* es ilustrativo para implementar adecuadamente los mecanismos de prevención. Según este enfoque, antes de una eventual comisión de una desaparición debe valorarse si la incorporación de los mecanismos preventivos convencionales al Derecho nacional cumple con los estándares mínimos. Por el contrario, un enfoque *ex post* opera con posterioridad a la comisión de

---

<sup>468</sup> La DPPDF consagró un deber general de prevención en su art. 3, cuyo texto es muy similar al art. 2 de la *Convención contra la Tortura*. Cfr., en la misma línea, el párr. 10(4)(1) de la res. sobre desapariciones forzadas n° 1463 (2005) de la PACE, 3 de octubre de 2005. Por su parte, en el ámbito del Derecho internacional humanitario, el CICR ha elaborado una serie de criterios para prevenir la desaparición de personas en el marco de un conflicto armado: CICR. “The Missing...”, cit., p. 190.

<sup>469</sup> CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 175.

una desaparición y su objeto estriba en evaluar si el Estado podría haber evitado el hecho incorporando los mecanismos de protección según las exigencias internacionales.

La línea que separa la obligación de prevención con las garantías de no repetición como medida reparadora es muy delgada y muchas veces ambas instituciones se solapan<sup>470</sup>. Sin embargo, la naturaleza de ambos deberes es distinta, porque la prevención es una obligación internacional más general, mientras que la garantía de no repetición es una medida de reparación. Sin embargo es una diferencia parcialmente tautológica, ya que la imposición de una garantía de no repetición también obliga a cumplir una obligación internacional. Otra diferencia dice relación con el ámbito de aplicación, porque la prevención es una obligación que rige en situaciones en que la desaparición no ha sido cometida, a fin de evitar su ejecución, pero también sigue vigente en contextos en que la desaparición ha sido cometida, a fin de evitar su reiteración. En cambio, la garantía de no repetición siempre se imponen con posterioridad al acontecimiento de una violación de derechos humanos. Finalmente, la obligación de prevención es una obligación de medios, porque no se obliga a los Estados a que eviten a toda costa la comisión de una desaparición, sino a hacer todo lo que esté a su alcance para impedir<sup>471</sup>. En cambio, la obligación de implementar una garantía de no repetición es una obligación de resultado, porque el deber del Estado consiste en implementarla e intentar que sea eficaz.

---

<sup>470</sup> De hecho, el principio 23 de los *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., fija una vinculación entre ambas. Cfr. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 306.

<sup>471</sup> Cfr. FALEH PÉREZ, Carmelo. “La obligación internacional del Estado de prevenir e investigar los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas”, en RIPOL CARULLA, Santiago/VILLÁN DURÁN, Carlos (dirs.). *Justicia de Transición: el caso de España*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2012, p. 80, para quien la prevención es una obligación de diligencia debida; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 265.

Vid. GTDFI, *General Comment on Article 3 of the Declaration*, en CDH. *Question of the Human Rights of all Persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment*. Question of Enforced or Involuntary Disappearances. Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. E/CN.4/1996/38 (15 de enero de 1996), pp. 14-15, párrs. 49, 52 y 53, señalando que las medidas que deben llevarse a cabo para el cumplimiento de esta obligación, no siempre son de carácter legislativo, sino también administrativas y judiciales. En relación con la tortura, sostiene una opinión similar el SUBCOMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. *El enfoque del concepto de prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por parte del Subcomité para la Prevención de la Tortura en el marco del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cueleles, Inhumanos o Degradantes*. CAT/OP/12/6 (30 de diciembre de 2010), párr. 1, agregando en los párrs. 2 y 3 que el contenido de la obligación de prevención no es estático, sino dinámico, con lo cual sus deberes específicos no son taxativamente identificables. La CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 de febrero de 2007, *I.C.J. Reports*, 2007, pp. 43-240, párr. 429, también ha insistido en este carácter dinámico de la obligación de prevención.

También es posible enfocar la obligación de prevención en relación con la privación de libertad y la obligación de investigación. Al respecto, VERMEULEN diferencia dos dimensiones de la prevención. La primera se refiere a los deberes que el Estado debe cumplir para evitar la comisión de una desaparición forzada. En cambio, la segunda dimensión aglutina un conjunto de deberes que deben cumplirse ante la privación de libertad de una persona. Dada la situación de vulnerabilidad que se genera debido a la ausencia de información sobre la situación de la víctima, esta segunda dimensión reúne un conjunto de diligencias investigativas que serán de vital importancia para evitar que la detención ilegal se convierta en una desaparición forzada<sup>472</sup>.

A renglón seguido, se hará referencia a las diversas obligaciones que integran el deber de prevención, específicamente, las que regulan las garantías de toda persona privada de libertad, las obligaciones vinculadas con el derecho a la información sobre el estado de la persona privada de libertad y, finalmente, las obligaciones relativas a la formación del personal que mantiene contacto con el detenido.

### **3.4.1. Las garantías de toda persona privada de libertad**

La CIPPDF establece un conjunto de garantías en beneficio de toda persona privada de libertad cuya finalidad consiste en evitar que se deniegue la información sobre la situación del detenido y por tanto, que se debilita la protección que le brinda el Derecho. Estas garantías se inspiran en un principio capital, también consagrado en el texto convencional: la prohibición de la detención secreta.

En este sentido, la Convención se refiere a la orden de detención, los lugares de privación de libertad, el acceso de la autoridad competente a dichos lugares, el registro de detenidos, el derecho de comunicación de toda persona privada de libertad y la puesta en libertad de un detenido. Se trata de medidas que se aplican durante todo el arco temporal en que una persona permanece privada de su libertad, esto es, desde el momento mismo en que principia la privación hasta la puesta en libertad. Estas obligaciones se aplican respecto de cualquier persona privada de libertad, sin importar el órgano que la ordene, la naturaleza del proceso o el tipo de sentencia, orden o decreto

---

<sup>472</sup> VERMEULEN, “The Duty to Take Preventive Operational Measures...”, cit., p. 158.

que la haya decretado<sup>473</sup>. Lleva mucha razón GALELLA cuando arguye que el cumplimiento de todas estas obligaciones imposibilitaría la pérdida de información sobre la persona del detenido y, por tanto, la práctica de la desaparición forzada<sup>474</sup>.

A continuación se expondrá brevemente en qué consiste la prohibición de la detención secreta y se explicará el contenido de cada una de las garantías reguladas en la Convención Internacional.

### **3.4.1.1. La prohibición absoluta de la detención secreta**

La prohibición absoluta de la detención secreta está consagrada en el artículo 17(1) de la CIPPDF. Representa una aportación novedosa de la Convención Internacional, ya que el resto de los instrumentos internacionales sobre la desaparición forzada no se refieren a ella, sino que sólo contemplan algunos preceptos sobre los lugares de detención<sup>475</sup>.

Debe recordarse que la detención secreta es aquella en que las autoridades estatales o personas que actúan bajo su autorización, apoyo o aquiescencia, mantienen a la víctima privada de libertad, negando, rehusando confirmar u ocultando ante los legítimos interesados, el hecho mismo de la detención o la información sobre la suerte y el paradero de la persona detenida<sup>476</sup>.

La detención secreta no se produce necesariamente en un lugar secreto o clandestino de privación de libertad. Puede ocurrir que una persona venga mantenida secretamente privada de libertad en un lugar oficial de detención, pero en una sección no oficialmente reconocida o sin que se otorgue información sobre su situación<sup>477</sup>. Lo

---

<sup>473</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 68-69.

<sup>474</sup> GALELLA, op. cit., p. 94.

<sup>475</sup> Cfr. DPPDF, cit., art. 10(1); CIDFP, cit., art. XI. Los trabajos preparatorios sobre el precepto pueden consultarse en CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 67. Vid. también el art. 22(1) del Proyecto de 1998, cit. Por su parte el GTDFI ha recalcado la prohibición de la detención secreta: *Observaciones Generales sobre el artículo 10 de la Declaración*, cit., párr. 27; *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 20; *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 14.

<sup>476</sup> Vid. Capítulo III, § 4.2.2.1.

<sup>477</sup> Cfr. MCCRORY, op. cit., p. 555; SARKIN, "An Interview with Jeremy Sarkin...", cit., p. 59; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 68. Esto es coherente con el *Protocolo Facultativo de la*

determinante de la detención secreta, por ende, no es el carácter secreto del lugar de detención, sino el ocultamiento de la información sobre la privación de libertad de la víctima o su situación.

Se trata de una detención arbitraria que afecta varios derechos fundamentales de la persona detenida, especialmente, el derecho a la libertad personal y el derecho a un debido proceso. Además, mantiene una clara conexión con la tortura en un doble sentido: primero, porque puede configurar en sí misma una tortura o un trato cruel, inhumano y degradante y segundo, porque puede facilitar la comisión de la tortura, ya que el detenido no puede ejercer ninguna de las garantías que podría prevenir la comisión de este ilícito<sup>478</sup>.

### **3.4.1.2. La orden de privación de libertad**

La Convención impone que el ordenamiento jurídico interno determine las condiciones bajo las que pueden impartirse las órdenes de privación de libertad<sup>479</sup> e identifique las autoridades competentes para decretarlas<sup>480</sup>.

Aunque la Convención no aclara la naturaleza de la autoridad, debe tratarse de una autoridad judicial, porque sólo los tribunales de justicia están facultados para valorar la concurrencia de las causas formales y materiales necesarias para privar de libertad a una persona. De hecho, sus observaciones finales sobre el informe periódico presentado por Francia, el CED ya ha manifestado su preocupación por el hecho de que

---

*Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su res. 77/199, 18 de diciembre de 2002, entrado en vigor el 22 de junio de 2006, *UNTS*, vol. 2375, p. 237, cuyo art. 4(1) define el lugar de detención como “cualquier lugar bajo [la] jurisdicción y control [del Estado Parte] donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, bien por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito”.

Afortunadamente, durante la negociación de la CIPPDF, se rechazó una propuesta de redacción que rezaba “*nadie será detenido en lugares secretos*” y que hubiera significado la prohibición sólo de los lugares secretos, pero no de la detención secreta en lugares de detención no secretos. Vid. la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 127 y el comentario de SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 335 n. 198.

<sup>478</sup> SARKIN, “An Interview with Jeremy Sarkin...”, cit., pp. 59, 60 y 64.

<sup>479</sup> CIPPDF, cit., art. 17(1)(a).

<sup>480</sup> Íd., art. 17(1)(b).

la autoridad encargada del control de la detención fuera la fiscalía y no un tribunal de justicia<sup>481</sup>.

### 3.4.1.3. Los lugares de privación de libertad

En cuanto a los lugares de detención, la Convención exige que sean oficiales y que estén específicamente destinados a la custodia de las personas privadas de libertad<sup>482</sup>. El GTDFI ha sido bastante enfático en sus *Observaciones Generales sobre el artículo 10 de la Declaración*, al indicar que “*esos lugares deben ser oficiales –ya que se trate de instalaciones policiales, militares o de cualquier índole– y siempre claramente identificables y reconocidos como tales. Bajo ninguna circunstancia podrían alegarse razones, llamadas “de Estado”, de “seguridad nacional” o de otra naturaleza, para justificar o legitimar centros o lugares clandestinos de detención que, por definición, supondrían una violación de la Declaración, sin excepción alguna*”<sup>483</sup>.

### 3.4.1.4. El registro de personas privadas de libertad

El artículo 17(3) de la CIPPDF exige el establecimiento de un registro oficial de las personas privadas de libertad. El contenido de este registro viene descrito detalladamente por la Convención, cuestión que puede parecer extraña a la generalidad de un tratado internacional, pero que es digna de alabanza, dado que el registro tiene por

---

<sup>481</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párrs. 30 y 31.

<sup>482</sup> CIPPDF, cit., art. 17(1)(c).

<sup>483</sup> GTDFI, *Observaciones Generales sobre el artículo 10 de la Declaración*, cit., párr. 27. En la misma línea, cfr. HRC, *Observación general N° 20. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (artículo 7), cit., párr. 11; el mismo, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto*. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Argelia. CCPR/C/79/Add.95 (18 de agosto de 1998), párr. 12(c); CORTE SUPREMA DE NEPAL, (*सर्वोच्च अदालत*). *Rabindra Prasad Dhakal on behalf of Rajendra Prasad Dhakal (Advocate) permanent resident of ward no 8 of Harmi V.D.C. and then residing on a rented room at ward no 1 of the Prithwi Narayan Municipality of Gorkha District vs. Nepal Government, Home Ministry and Others*, Writ n°, 3775 registration date 2055/10/7/5 B.S. (Jan 21, 1999 A.D.), 1 de enero de 2007, en *National Judicial Academy, (NJA), Nepal*, p. 336.



objeto cumplir con la obligación de prevención mediante el otorgamiento de información sobre la persona privada de libertad<sup>484</sup>.

El artículo 17(3) de la CIPPDF dispone que los registros “*bajo requerimiento serán rápidamente puestos a disposición de toda autoridad judicial o de toda otra autoridad o institución competente de acuerdo con la legislación nacional o cualquier instrumento jurídico internacional relevante del que el Estado sea Parte*”. Por ende, el acceso a los registros debe ser irrestricto<sup>485</sup>.

En cuanto al contenido del registro, el artículo 17(3) establece que “*contendrá al menos: 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; 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*”.

Como bien apunta CALVET MARTÍNEZ, la exhaustividad en la regulación del contenido del registro reduce drásticamente la discrecionalidad que el Estado puede ejercer al respecto<sup>486</sup>. Para OTT, se trata de un contenido mínimo, con lo cual los Estados podrían ser más exigentes<sup>487</sup>. Por su parte, el CED ha clarificado que las obligaciones sobre el registro deben regir indistintamente para todos los centros de privación de libertad<sup>488</sup>. Si bien la CIPPDF no obliga a los Estados a la centralización del registro,

---

<sup>484</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 296, agregando que se trata de la principal fuente de información y que eventuales errores, omisiones o irregularidades en su confección pueden representar un primer indicio de la violación de derechos humanos. Con menor grado de detalle, también se han referido al registro el art. 10(3) de la DPPDF y el art. XI de la CIDFP.

<sup>485</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 70.

<sup>486</sup> CALVET MARTINEZ, op. cit., p. 536.

<sup>487</sup> OTT, op. cit., p. 252.

<sup>488</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 28.

una interpretación teleológica del tratado conduce a ese resultado, dado que la falta de centralización puede alterar la finalidad preventiva de esta medida<sup>489</sup>.

El registro de las personas privadas de libertad ha sido tratado por numerosos instrumentos internacionales de *soft law* que se refieren a las garantías de los detenidos<sup>490</sup>. En la jurisprudencia internacional, el TEDH ha sido el órgano jurisdiccional más activo en la elaboración de criterios normativos sobre los registros, concluyendo que la inexistencia del mismo o la omisión de registrar un detenido, configuran infracciones a la libertad personal<sup>491</sup> y que la obligación de mantener un registro no puede sujetarse a suspensión en ningún caso, ni siquiera durante un conflicto armado<sup>492</sup>.

### 3.4.1.5. El derecho a la comunicación

Continuando con la explicación de las garantías de toda persona privada de libertad, el artículo 17(2) de la CIPPDF exige que el detenido tenga derecho a

---

<sup>489</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 489. Cfr. MCCRORY, op. cit., p. 556, agregando que el tratado no excluye la centralización. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...* Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 83. Durante los trabajos preparatorios se argumentaba que el censo de los detenidos a dos niveles permite contrastar la información y ejercer un control eficaz. Vid. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 69.

<sup>490</sup> Cfr. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, cit., principio IX(2); *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, cit., principio 12; *The Robben Island Guidelines*, cit., párr. 30; ECOSOC, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, cit., regla 7.1); THE ASIA PACIFIC FORUM OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS. *Minimum Interrogation Standards*, en *Reference on Torture*. Final Report, 24- 26 de agosto 2005, Ulaanbaatar, Mongolia, párrs. 21-25.

<sup>491</sup> Cfr. los siguientes precedentes del TEDH: *Kurt vs. Turkey*, cit., párr. 125; *Timurtaş vs. Turkey*, cit., párr. 105; *Bazorkina vs. Russia*, cit., párr. 147; *Betayev and Betayeva vs. Russia*, application no. 37315/03, judgment, 29 de mayo de 2008, párr. 104; *Khadzhaliyev and others vs. Russia*, cit., párr. 128; *Baysayeva vs. Russia*, cit., párr. 146; *Çakici vs. Turkey*, cit., párr. 105; *Çiçek vs. Turkey*, cit., párr. 165; *Orhan vs. Turkey*, cit., párr. 371; *Imakayeva vs. Russia*, cit., párr. 176; *Gekhayeva and others vs. Russia*, cit., párr. 127; *Taş vs. Turkey*, cit., párr. 85. La Corte IDH en el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, cit., párr. 189, impuso la implementación de un registro como medida de reparación. Por su parte, también se ha referido a la obligatoriedad del registro: GTDFI: *Observaciones Generales sobre el artículo 10 de la Declaración*, cit., párr. 27; el mismo, *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 14; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, A/HRC/22/45, cit., párr. 567; HRC, *Observación general N° 20*. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), cit., párr. 11 y PACE, res. 1463 (2005), cit., párr. 10(4)(4).

<sup>492</sup> TEDH, *Cyprus vs. Turkey*, cit., párr. 148.

comunicarse con una persona externa al lugar de detención, derecho que ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales de *soft law*<sup>493</sup>.

La CIPPDF admite que el derecho esté sujeto a la “*reserva de las condiciones establecidas por la ley*”. Esta limitación es el resultado de la presión ejercida por algunas delegaciones durante los trabajos preparatorios<sup>494</sup>. Se trata de una cláusula sumamente ambigua que podría dar cabida a la detención incomunicada. Por ende, su interpretación debe ser estricta, evitando restringir exageradamente el derecho de comunicación de las personas privadas de libertad. Sólo debería tener aplicación para casos muy especiales y en guiada por criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad.

En cuanto al plazo dentro del cual debe permitirse al detenido ejercer el derecho, el CED ha indicado que no debe sobrepasar las cuarenta y ocho horas contadas desde la privación de libertad<sup>495</sup>.

#### **3.4.1.6. El acceso de la autoridad a los lugares de detención**

Los Estados tienen la obligación de permitir a las autoridades competentes el acceso a todos los lugares de detención, sin mayor limitación que una autorización judicial<sup>496</sup>, que debe ser emitida “*a la mayor brevedad posible*”,<sup>497</sup> es decir, tras unas pocas horas contadas desde el requerimiento<sup>498</sup>.

---

<sup>493</sup> Cfr. principio V de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*; principio 16 del *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*; párr. 20(a) de las *Robben Island Guidelines*; párr. 2 de los *Minimum Interrogation Standards*. Además, estos mismos instrumentos consagran el derecho a la visita y el derecho a la correspondencia. Cfr. principio XVIII de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*; principio 19 del *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*; párr. 31 de las *Robben Island Guidelines*.

<sup>494</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 71; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 130.

<sup>495</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 31.

<sup>496</sup> CIPPDF, cit., art. 17(1)(e) y art. 12(3)(b), que hace mención al derecho de acceso como una medida de investigación. Cfr. DPPDF, cit., art. 13(2). Para el debate en los trabajos preparatorios, cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 131. En doctrina, VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 77-78, destaca que el lenguaje del art. 11(4) del Proyecto de 1998 era menos restrictivo. A p. 462, además, argumenta que en el marco del art. 17(3)(3) de la CIPPDF es posible incluir la autorización al CED para acceder a los lugares de detención, si el Estado parte permite la visita *in situ* de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Convención. Por su parte, la CorteIDH. *El Hábeas*

La CIPPDF no exige que se trate de una autoridad judicial<sup>499</sup>. Sin perjuicio de ello, debe tratarse de una autoridad con facultades suficientes para prevenir abusos y, en el evento de que éstos se cometan, para iniciar las investigaciones necesarias para su esclarecimiento o remitir el asunto a la autoridad competente para ello.

El artículo 43 de la CIPPDF hace remisión a la facultad del CICR para visitar los lugares de detención, probablemente, con la finalidad de incentivar a los Estados para que autoricen al CICR a realizar dichas visitas<sup>500</sup>.

### **3.4.1.7. Las garantías de la puesta en libertad**

La Convención también se preocupa de resguardar la puesta en libertad de la persona detenida estableciendo algunas garantías a fin de garantizar que el detenido sea puesto efectivamente en libertad y que se hayan respetado todos sus derechos<sup>501</sup>, teniendo en cuenta que en la experiencia fáctica de la desaparición es habitual que la autoridad alegue la puesta en libertad de la persona desaparecida como pretexto para la denegación de la información<sup>502</sup>.

Habiéndose expuesto todas las garantías vinculadas con la persona privada de libertad, se pasará a revisar las obligaciones del Estado en correlación al derecho de toda persona interesada a solicitar información sobre el detenido.

---

*Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrs. 35-36, ha considerado que el acceso a los lugares de detención es una exigencia indispensable para la eficacia del *habeas corpus*.

<sup>497</sup> CIPPDF, cit., art. 12(3)(b).

<sup>498</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 465.

<sup>499</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 78.

<sup>500</sup> MCCRORY, op. cit. p. 561.

<sup>501</sup> CIPPDF, cit., art. 21. Cfr. DPPDF, cit., art. 11. Para CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 536, es necesario asegurar que tras la puesta en libertad el detenido no sea asesinado o trasladado a otro centro de detención.

<sup>502</sup> Cfr. PACE. *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 59; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 297.

### 3.4.2. El derecho a la información

El derecho de acceso a la información sobre la situación de la persona detenida, regulado en los artículos 18 a 20 CIPPDF, es un mecanismo de protección de la persona privada de libertad que a la vez opera como una medida de prevención de la desaparición forzada<sup>503</sup>. En este acápite se analizará el titular de este derecho, su contenido y limitaciones.

#### 3.4.2.1. El titular del derecho

Según el artículo 18(1) de la CIPPDF, el titular del derecho a la información es toda persona que tenga un interés legítimo en acceder a dicha información. El precepto menciona como ejemplos “*los allegados de la persona privada de libertad, su representante o abogado*”<sup>504</sup>.

El concepto de interés legítimo no viene definido en la CIPPDF, pero es evidente que se trata de una noción amplia que faculta a cualquier persona interesada en la protección del detenido para solicitar información sobre su estado. El texto convencional se preocupa en su artículo 18(2) de recomendar a los Estados que adopten las medidas necesarias para proteger tales personas, considerándolas un grupo en una situación de especial vulnerabilidad.

#### 3.4.2.2. El contenido mínimo de la información

---

<sup>503</sup> Este punto ha sido considerado lo suficientemente importante como para incluir una mención de este derecho en el penúltimo párrafo del Preámbulo de la CIPPDF. Cfr. DPPDF, cit., art. 10(2). El GTDFI, *Observaciones Generales sobre el artículo 10 de la Declaración*, cit., párr. 26, reafirma que no proporcionar la información configura una violación de la DPPDF. La CIDFP solo contiene una referencia del derecho de acceso a los registros de detención en el art. XI, párrafo 2º. Por su parte, el principio X del conjunto de *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., contempla el derecho de las víctimas al acceso a la información sobre violaciones y mecanismos de reparación, mientras que en el principio VII sobre el derecho a recurso, el párr. 11(c) exige que las víctimas dispongan de un recurso para acceder a la información. Para la solicitud de información durante un conflicto armado, vid. también CICR, “The Missing...”, cit., pp. 190-191.

<sup>504</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 103-104 y 122; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 83-85; CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 33; GTDFI, *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 13, refiriéndose a la situación de los niños privados de libertad.

La Convención establece un núcleo mínimo de antecedentes que deben ser proporcionados a los legítimos interesados. Esto significa que los Estados están obligados a proporcionar *al menos* la información indicada en el artículo 17(3) de la CIPPDF, no existiendo ningún obstáculo para la entrega de antecedentes adicionales<sup>505</sup>.

Ese contenido mínimo viene integrado por los siguientes datos: “a) *La autoridad que decidió la privación de libertad; b) La fecha, la hora y el lugar en que la persona fue privada de libertad y admitida en un lugar de privación de libertad; c) La autoridad que controla la privación de libertad; d) El lugar donde se encuentra la persona privada de libertad y, en caso de traslado hacia otro lugar de privación de libertad, el destino y la autoridad responsable del traslado; e) La fecha, la hora y el lugar de la liberación; f) Los elementos relativos al estado de salud 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*”.

### **3.4.2.3. Las restricciones al acceso a la información**

Los artículos 19 y 20 CIPPDF establecen las siguientes restricciones al acceso de la información:

- Los datos personales de la persona desaparecida sólo pueden ser utilizados en un proceso penal y para la obtención de reparación. El uso de estos datos personales no puede infringir en ningún caso los derechos humanos de la persona desaparecida<sup>506</sup>.
- La entrega de información mínima puede limitarse si afecta la intimidad o la seguridad de la persona privada de libertad, el curso de una investigación o si concurre otro motivo equivalente establecido en la ley. La restricción debe cumplir una gama de exigencias: sólo puede operar respecto de personas que estén bajo la protección de la ley; debe ser excepcional; sólo puede proceder cuando sea estrictamente necesario; debe fundarse en un motivo establecido en

---

<sup>505</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 106 y 119; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 86; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párrs. 17-18.

<sup>506</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 105-106 y 118; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 87 y 89.

la ley; debe ser conforme al Derecho internacional aplicable y a los objetivos de la CIPPDF y, finalmente, no puede configurar una conducta de obstrucción a la investigación<sup>507</sup>.

La redacción de estas disposiciones fue objeto de un intenso debate durante los trabajos preparatorios y el texto final no es más que una solución de compromiso alcanzada por las delegaciones, lo que permite explicar la elevada precariedad técnica de dichas normas, su exagerada ambigüedad, su falta de sistematicidad formal y material y la incorporación de conceptos indeterminados que dificultan su interpretación<sup>508</sup>.

Las restricciones a la información se intentan justificar, por un lado, en la protección de la vida privada y la seguridad de la víctima y por otro lado, en la eficacia de la investigación. En cuanto a la primera de dichas finalidades, es contradictorio que se pretenda restringir el acceso a la información sobre la situación del detenido para proteger sus derechos a la vida privada y seguridad, ya que el mecanismo más eficaz para la tutela de tales derechos es permitir el acceso a la información a quienes tengan un interés legítimo, a fin de que puedan hacer valer los recursos procesales que correspondan. Por lo demás, al ponderar los derechos en juego, no puede concluirse que la privacidad y seguridad de la víctima primar por sobre el derecho a no ser sometido a desaparición forzada.

El CED ha señalado que *“reconoce la importancia jurídica del respeto de la vida privada de toda persona detenida. Sin embargo, teniendo en cuenta que la «negativa a reconocer dicha privación de libertad o el ocultamiento de la suerte» son elementos constitutivos de la desaparición forzada, se debe reconocer el derecho de toda persona que tenga un interés legítimo a recopilar y recibir información sobre la*

---

<sup>507</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 105-106, 118, 120, 124 y 125; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 89-94; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párrs. 17-29 y 136.

<sup>508</sup> Cfr., críticos, SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., pp. 340-341, para quienes algunas limitaciones son contrarias a los objetivos del tratado; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 461-462; CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 540; condescendiente, OTT, op. cit., p. 260, para quien las exigencias dispuestas en el art. 20 para la aplicación de las restricciones limitan la discrecionalidad del Estado; dubitativa MCCRORY, op. cit., p. 556. Durante la negociación del tratado explicitaron su crítica las delegaciones argentina e italiana. Vid. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 136 y Anexo II. Las ONGs también fueron críticas con la regulación de esta materia. Vid. DIEZ-BACALSO, op. cit., s. p.

*suerte de la persona presuntamente desaparecida*”<sup>509</sup>. Aunque el Comité se inclina hacia una interpretación estricta de la limitación al acceso a la información, cabe esperar de su parte mayor claridad y énfasis, debido a la importancia de la cuestión.

En cuanto a la segunda finalidad, la protección de la investigación, no se entiende cuál es el derecho o bien jurídico que pretende tutelar la restricción. Tampoco está claro qué tipo de consecuencias negativas podría generar el acceso a la información para una investigación judicial. Todo lo contrario, son los legítimos interesados quienes pueden aportar mayores antecedentes para un eficaz desarrollo de la investigación y el acceso a la información no puede sino ser positivo para ese fin.

Se suma a todo lo dicho la presencia de numerosos conceptos indeterminados que dificultan la interpretación de las restricciones y que pueden ampliar sobremanera la discrecionalidad del Estado en la implementación de las mismas. Expresiones tales como “*caso en que persona esté bajo protección de la ley y la privación de libertad se halle bajo control judicial*”, limitaciones “*a título excepcional, cuando sea estrictamente necesario*”, “*otros motivos equivalentes previstos en la ley*”, “*Derecho internacional aplicable*”, no hacen otra cosa que generar incertidumbre y desplegar la explanada de la discrecionalidad a favor de los Estados<sup>510</sup>.

La mejor de las soluciones, sin duda, hubiera sido excluir las restricciones del texto convencional. Sin embargo, su presencia obliga a realizar un esfuerzo interpretativo. No debe olvidarse que la Convención prohíbe tajantemente la detención secreta. Por ende, es obligatorio proporcionar a los interesados una información mínima sobre la situación de la persona privada de libertad. Autores como OTT, POLLARD y VERMEULEN, opinan que esa información mínima es la misma que debe entregarse para satisfacer el derecho a la información<sup>511</sup>. Por lo tanto, existe una íntima conexión entre la prohibición de la detención secreta y el derecho a la información. Si la misma CIPPDF se encarga de establecer un contenido mínimo para evitar que la detención se torne secreta, parece ser que una interpretación *pro homine* de sus disposiciones obliga a

---

<sup>509</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 32.

<sup>510</sup> Sobre la “protección de la ley”, críticos SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 341, manifestando que una limitación excesiva de la información sobre la persona privada de libertad no puede ser compatible con la protección de la ley.

<sup>511</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 250; POLLARD, op. cit., p. 152-154; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 71-72.



concluir que se trata de un cerco infranqueable a los intentos de limitar la entrega de información.

En el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, la CorteIDH dedicó una importante sección de sus consideraciones al derecho de acceso a la información de las víctimas. La sentencia no se refirió específicamente a la información sobre las personas privadas de libertad, sino a la información general sobre el destino y paradero de las personas desaparecidas. Sin embargo, lo que interesa de este precedente es la fundamentación del derecho de acceso a la información en base a la interpretación del artículo 13 de la CADH. Esta norma consagra el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, libertad que a su vez engloba el derecho de buscar, recibir y difundir información. La CorteIDH declaró que la entrega de la información pública debe regirse por el principio de buena fe y de máxima divulgación, en cuya virtud se presume la accesibilidad de la información<sup>512</sup>.

Sin embargo, la Corte Interamericana también admitió que no se trata de un derecho absoluto, ya que la entrega de la información puede estar sujeta a limitaciones, siempre que se cumplan algunos requisitos esenciales; a saber: que la denegación sea motivada, se base en un motivo previamente establecido en la ley, se adopte la medida menos restrictiva y tenga por objeto la protección de otro derecho o valor<sup>513</sup>. Es en este último punto, sin embargo, donde la CorteIDH se contradice, porque por un lado afirma la imposibilidad de que el Estado fundamente una denegación de información en el carácter confidencial de la misma o en el secreto de Estado<sup>514</sup>, pero por otro lado admite la excepcionalidad de la denegación acudiendo a los conceptos indeterminados del artículo 13.2 de la CADH, esto es, “*respeto a los derechos o a la reputación de los*

---

<sup>512</sup> CorteIDH, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párr. 199. Cfr. la misma, *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n° 151, párr. 92.

<sup>513</sup> Cfr. CorteIDH, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 229-230; la misma, *La Cantuta vs. Perú*, cit., párr. 111; la misma, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, cit., párrs. 88-91; la misma, *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n° 135, párrs. 79 y 85.

<sup>514</sup> CorteIDH, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 202 y 230; la misma, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, cit., párr. 98; la misma, *Tiu Tojín vs. Guatemala*, cit., párr. 77; la misma, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 180-182; la misma, *La Cantuta vs. Perú*, cit., párr. 111.

demás” y “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”<sup>515</sup>.

El problema de la confidencialidad de la información también ha surgido a propósito de solicitudes de cooperación que los tribunales internacionales de derechos humanos han dirigido a los Estados a fin de que proporcionen información para la solución de un caso. La jurisprudencia ha considerado que la confidencialidad no es un argumento válido para no proporcionar la información requerida, aunque se admite la limitación si se considera que la argumentación del Estado está debidamente motivada<sup>516</sup>.

Quizás este último aspecto esté más vinculado con la cooperación internacional, que será objeto de análisis en el próximo acápite, pero se trata de un ejemplo adicional que demuestra la necesidad de repensar la esencia del derecho a la información y la pregunta sobre la legitimidad de sus eventuales limitaciones.

### **3.4.3. Las obligaciones sobre la formación del personal que interviene en el tratamiento y custodia de la persona privada de libertad**

*Last but not least*, el artículo 23 de la CIPPDF obliga a los Estados a la formación del personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, del personal médico, de los funcionarios y de otras personas que puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad<sup>517</sup>, por ejemplo, jueces, fiscales y operadores jurídicos de todos los rangos<sup>518</sup>.

---

<sup>515</sup> Cfr. CorteIDH, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párr. 229; la misma, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, cit. párr. 90; la misma, *Palamara Iribarne vs. Chile*, cit., párr. 79

<sup>516</sup> Cfr. CorteIDH, *Radilla Pacheco vs. México*, cit., párrs. 89-92; TEDH, *Imakayeva vs. Russia*, cit., párrs. 111-136, especialmente, párrs. 111, 119, 123, 132 y 134.

<sup>517</sup> El resto de los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas también contienen una referencia a esta medida, pero con una redacción menos detallada. Cfr. art. 6(2) de la DPPDF y art. VIII párrafo 2º de la CIDFP. Una disposición similar es el art. 10 de la *Convención contra la Tortura*. Asimismo, el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, aprobados por la CDH, E/CN.4/2005/102/Add.1 (8 de febrero de 2005), alude a las medidas educativas en el principio 36(e), mientras que en los *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 23(e), dichas medidas se incluyen entre las garantías de no repetición.

<sup>518</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 30.

El valor práctico de esta obligación es de inestimable valor, porque incide directamente en las personas que tienen un contacto directo con la persona privada de libertad. Su objetivo principal es concientizar a estas personas sobre la gravedad de la desaparición forzada y advertirles sobre las conductas que pueden facilitar su comisión. Por lo tanto, es esencial que ese personal reciba la formación técnica necesaria para comprender que la desaparición forzada es un ilícito y para conocer los procedimientos que deben ponerse en marcha cuando adquieran la noticia de una desaparición o reciban una orden de cometer alguna de sus conductas constitutivas<sup>519</sup>.

En los trabajos preparatorios se discutieron dos cuestiones. La primera de ellas decía relación a la lista de las personas que debían recibir la formación. La redacción final del artículo 23 es bastante flexible y aunque individualiza ejemplificativamente algunas categorías de funcionarios, se entiende que incluye a cualquier tipo de funcionario que por alguna razón tenga que intervenir en el tratamiento o custodia de la persona privada de libertad<sup>520</sup>. Dada la tendencia creciente de recurrir a empresas privadas para la custodia y tratamiento de las personas privadas de libertad, el ámbito de aplicación de esta disposición abarca al personal encargado de desempeñar dichas funciones, aunque técnicamente no se trate de funcionarios públicos<sup>521</sup>.

La segunda cuestión se refería al contenido de la formación. La lectura del artículo 23 permite inferir que la formación tiene dos grandes finalidades: la prevención y la concientización<sup>522</sup>. En cuanto a la prevención, ya se ha destacado la importancia de que el personal tenga conocimiento del régimen jurídico regulador de la desaparición, de su prohibición absoluta, de la obligación de desobedecer las órdenes que impliquen su comisión y del procedimiento a seguir en caso de recibir un mandato de esa naturaleza. En cuanto a la concientización, es indispensable que el personal entienda en

---

<sup>519</sup> Cfr. SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 380 y PACE, *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 59. La CorteIDH ha impuesto medidas de formación y educación de funcionarios públicos como garantía de no repetición en las sentencias *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, cit., párr. 106, haciendo referencia expresa a la desaparición; *La Cantuta vs. Perú*, cit., párrs. 239-242.

<sup>520</sup> Cfr. CDI, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 80; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 130. En doctrina, cfr. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 396; MCCRORY, op. cit., p. 557; OTT, op. cit., p. 264. En su *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 19, el GTDFI se refiere a la capacitación de los funcionarios del registro civil para los efectos de prevenir la falsificación de las identidades de los niños víctimas de desaparición.

<sup>521</sup> NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 396.

<sup>522</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 467.

qué consiste la desaparición forzada, conozca sus perniciosas consecuencias y comprenda la urgencia de las medidas que deben adoptarse para la prevención y la investigación de este delito<sup>523</sup>.

La formación del personal tendrá un efecto menor si no se otorga una tutela jurídica a los funcionarios que se nieguen a cometer alguna de las conductas constitutivas de la desaparición y es por esta razón que el artículo 23(2) de la CIPPDF exige la implementación de medidas de ese orden<sup>524</sup>.

También es indispensable que la formación sobre la desaparición forzada tenga una perspectiva de género<sup>525</sup> y forme parte del plan de estudios del personal que entrará en contacto con la persona privada de libertad, pero no como una mera formalidad, sino con extrema seriedad y con la implementación de mecanismos periódicos de evaluación del conocimiento que el personal tiene sobre la materia<sup>526</sup>. Es lamentable que el artículo 23 de la CIPPDF no contenga una regla similar al artículo 10(2) de la *Convención contra la Tortura*, que exige la incorporación de las medidas educativas en los códigos de conducta<sup>527</sup>.

En su reciente práctica, el CED ha alentado a los Estados que han presentado su informe periódico, a difundir ampliamente la Convención, el texto del informe presentado, las respuestas escritas del Estado en relación a la lista de cuestiones preparada por el Comité y las observaciones finales el Comité, para los efectos de sensibilizar a las autoridades judiciales, legislativas y administrativas, la sociedad civil y las ONGs, así como a la población en general<sup>528</sup>.

---

<sup>523</sup> Cfr. CDI, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 80; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 101-102; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 123. En doctrina, cfr. OTT, op. cit., p. 265; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 76, criticando la falta de concreción de la disposición.

<sup>524</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 102.

<sup>525</sup> GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párrs. 34 y 45-47

<sup>526</sup> NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 398-399.

<sup>527</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 409, 467 y 491.

<sup>528</sup> Cfr. CED. *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 39; el mismo, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párrs. 40.

A modo de conclusión, NOWAK y MCARTHUR tienen mucha razón cuando subrayan la importancia de la obligación de formación, advirtiendo que el éxito de la misma incidirá sustancialmente en la prevención de la desaparición forzada<sup>529</sup>.

### **3.5. La obligación general de investigación y los estándares internacionales que le dan concreción**

Como bien apunta FALEH PÉREZ, la obligación de investigar entra en juego cuando ha ocurrido una desaparición y, por tanto, ha fracasado la prevención<sup>530</sup>. El artículo 12 de la CIPPDF se encarga de regular los deberes específicos vinculados con la investigación, inspirándose en algunas disposiciones análogas de la *Convención contra la Tortura*<sup>531</sup>. A continuación se revisarán sumariamente dichos deberes, comenzando con el derecho que tiene toda persona para presentar una denuncia, continuando con los estándares que debe satisfacer la investigación sobre una desaparición forzada, explicando la naturaleza del órgano que debe llevarla a cabo, haciéndose referencia a la obstrucción de la investigación y finalizando con la protección que debe brindarse a toda persona vinculada con la actividad investigativa.

#### **3.5.1. El derecho a presentar una denuncia**

El artículo 12(1) de la CIPPDF garantiza el derecho de toda persona a presentar una denuncia ante la autoridad competente. Durante la negociación de la Convención se discutió si era necesario explicitar que el órgano competente para recibir la denuncia debía ser independiente e imparcial. Además, algunas delegaciones argumentaban que no era necesario que se tratara de un órgano judicial y que la denuncia podía ser recibida por instituciones vinculadas con la protección de los derechos humanos<sup>532</sup>. Según la redacción final del artículo la denuncia deberá presentarse “*ante las autoridades*

---

<sup>529</sup> NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 390.

<sup>530</sup> FALEH PÉREZ, op. cit., p. 87.

<sup>531</sup> En los trabajos preparatorios se da cuenta de esta influencia. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 64; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 62. Cfr. el art. 13 de la DPPDF, que también se refiere a la investigación de las desapariciones. La CIPPDF, por el contrario, no contiene ninguna disposición al respecto.

<sup>532</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 95; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 61.

*competentes, quienes [la] examinarán rápida e imparcialmente*”. Aunque el precepto no exige que la autoridad sea judicial, es indispensable que el curso procesal de la denuncia sea decidido por un órgano de esa naturaleza, porque sólo de esa manera la denuncia será analizada formal y materialmente y se respetarán las garantías de las víctimas.

En cuanto a los sujetos que puede presentar la denuncia, la CIPPDF no establece ninguna limitación, pudiendo tratarse de cualquier persona, incluso de una persona jurídica<sup>533</sup>. En general, las personas no están obligadas a presentar una denuncia, sino que tienen la facultad de hacerlo. Sin embargo, los ordenamientos nacionales obligan a los funcionarios públicos a denunciar los delitos de que tuvieren noticia, obligación que es plenamente aplicable a la desaparición forzada<sup>534</sup>.

Cabe resaltar que las víctimas tienen derecho a ser informadas de los progresos de la investigación, específicamente, de las diligencias realizadas y los resultados obtenidos<sup>535</sup>. Asimismo, el CED ha indicado que las víctimas deben tener la facultad de interponer un recurso contra una decisión que deniegue el inicio de una investigación<sup>536</sup>.

### **3.5.2. Los estándares de la investigación de la desaparición forzada**

La investigación de una desaparición forzada debe cumplir con algunas exigencias esenciales si pretende ser lo suficientemente idónea para conseguir identificar a los responsables, salvar a la víctima de una eventual ejecución extrajudicial, conseguir su puesta en libertad si aún sigue con vida o encontrar el paradero de sus restos mortales y obtener su identificación fidedigna si está muerta.

La letra del artículo 12 de la CIPPDF se refiere a una “*investigación exhaustiva e imparcial*”. Sin embargo, la redacción de este precepto no refleja adecuadamente el

---

<sup>533</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 234; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 304. La jurisprudencia de la CorteIDH confirma esta afirmación en la sentencia *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 155.

<sup>534</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 325.

<sup>535</sup> CIPPDF, cit., artículo 24(2). Cfr. MCCRORY, op. cit., p. 558, argumentando que esta obligación se relaciona con el derecho a la verdad de las víctimas y no con el deber de investigación; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 331 y 474. En los trabajos preparatorios se afirma este derecho de la víctima en CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 88.

<sup>536</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 25.

desarrollo jurisprudencial de la CorteIDH y el TEDH sobre los estándares investigativos: la eficacia, la rapidez y la imparcialidad e independencia.

### 3.5.2.1. La eficacia de la investigación

Según las sentencias del TEDH sobre la protección del derecho a la vida, incluyendo muchas sentencias sobre desapariciones forzadas, el Estado tiene el deber de iniciar una investigación cuando se sospeche que la muerte se ha producido como resultado del uso de la fuerza por parte de agentes estatales o particulares<sup>537</sup>. De acuerdo con esta jurisprudencia, una investigación es eficaz si se realiza con la diligencia necesaria para que exista una posibilidad real de identificar y sancionar a los responsables, empleándose todos los medios materiales, personales y logísticos que estén a disposición<sup>538</sup>.

A su vez, la CorteIDH ha señalado que la obligación de investigar debe ser desempeñada “*con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa*”<sup>539</sup>. En algunas sentencias la Corte ha sido más específica en la descripción del estándar de eficacia, al afirmar que la investigación debe ser conducida con la debida diligencia, esto es, “*que las autoridades encargadas de la investigación tengan a su alcance y utilicen todos los medios necesarios para llevar a cabo con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales para esclarecer la suerte de las víctimas e identificar a los responsables de su desaparición forzada*”<sup>540</sup>.

La obligación de investigar es una obligación de medios y no de resultados, de modo que el Estado no puede considerarse responsable por el hecho de que la investigación no haya permitido identificar a los responsables<sup>541</sup>. Por lo tanto, para

---

<sup>537</sup> TEDH, *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 220.

<sup>538</sup> Cfr. Las siguientes sentencias del TEDH: *Bazorkina vs. Russia*, cit., párrs. 117-118; *Kaya vs. Turkey*, application no. 22535/93, judgment, 28 de marzo de 2000, párr. 108; *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 223; *Cyprus vs. Turkey*, cit., párr. 147; *Kurt vs. Turkey*, cit., párrs. 124 y 140. Vid. también CORTE SUPREMA DE NEPAL, *Rabindra Prasad Dhakal...*, cit., p. 337.

<sup>539</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 177; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 188; *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párrs. 77 y 80-81; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párr. 153; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párrs. 219 y 223; *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No.120, párr. 61.

<sup>540</sup> CorteIDH, *Tiu Tojín vs. Guatemala*, cit., párr. 77.

<sup>541</sup> Cfr. COCONI ARAU, Luciana. “Convergencias entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana: la cuestión de las desapariciones forzadas. El caso Varnava contra Turquía”, en SAURA

determinar si se infringe el deber de investigar en un caso concreto, debe realizarse un ejercicio valorativo de las diligencias realizadas en el marco del proceso penal desarrollado a nivel interno, a fin de concluir si han cumplido con la exigencia de efectividad<sup>542</sup>. Cuando la CorteIDH y el TEDH realizan este tipo de valoraciones, se

---

ESTAPÁ, Jaime (ed. y coord.), *Reconocimiento y Protección de Derechos Emergentes en el Sistema Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson, 2012, pp. 366-367; GIL GIL, Alicia. “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en STEINER, Christian (ed.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*. Berlín-Montevideo-Cuauhtémoc: Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 315-317; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 328, 364-366, 470 y 492. En cuanto a la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, cfr. TEDH, *Kaya vs. Turkey*, cit., párr. 108; el mismo, *Cyprus vs. Turkey*, cit., párrs. 147-148; el mismo, *Bazorkina vs. Russia*, cit., párr. 118; el mismo, *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 223. Cfr. también las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 177; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 188; *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párrs. 77 y 80-81; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párr. 153; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 223; *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, cit., párr. 61; *Tiu Tojín vs. Guatemala*, cit., párr. 77. Sin embargo, en la sentencia “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo, cit., párr. 228, la Corte señaló que “*el Estado ha debido identificar y castigar a quienes en realidad lo fueron, y no lo hizo*”, afirmación que malamente puede condecirse con la naturaleza de obligación de medios y que más bien parece concebir la investigación como una obligación de resultados.

<sup>542</sup> En la jurisprudencia del TEDH y de la CorteIDH se suele hacer referencia a fallas específicas cometidas durante el desarrollo de la investigación. Sistematizar esas fallas es difícil, dada la diversidad de cuestiones a las que se refieren. A modo de ejemplo, cabe mencionar casos en que no se interrogó a los integrantes de las unidades policiales o militares supuestamente involucradas en la comisión de la desaparición (cfr. TEDH, *Timurtaş vs. Turkey*, cit., párr. 89; el mismo, *Taş vs. Turkey*, cit., párr. 60; el mismo, *Baysayeva vs. Russia*, cit., párr. 128; el mismo, *Kaya vs. Turkey*, cit., párr. 105; el mismo, *Bazorkina vs. Russia*, cit., párr. 122; CorteIDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 166 y 171); no se interrogó a los testigos que podrían haber aportado información sobre el hecho, especialmente, los familiares u otras personas que hayan estado con la persona detenida o hayan presenciado la detención (cfr. TEDH, *Çakici vs. Turkey*, cit., párr. 106; el mismo, *Kaya vs. Turkey*, cit., párrs. 104-105; el mismo, *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 232; CorteIDH, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo, cit., párr. 231); no se revisaron los registros de detención (cfr. TEDH, *Kaya vs. Turkey*, cit., párr. 104; *Timurtaş vs. Turkey*, cit., párr. 89); no se realizó debidamente la autopsia (cfr. TEDH, *Kaya vs. Turkey*, cit., párr. 104; el mismo, *Bazorkina vs. Russia*, cit., párr. 118; CorteIDH, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo, cit., párrs. 158-159; la misma, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, cit., párrs. 126-128); no se examinó la escena del crimen recolectando pruebas *in situ* (cfr. TEDH, *Kaya vs. Turkey*, cit., párr. 104; el mismo, *Bazorkina vs. Russia*, cit., párr. 118; CorteIDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 189; la misma, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo, cit., párrs. 231; la misma, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, cit., párr. 128; la misma, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párrs. 227-228; la misma, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 178); no se recolectaron debidamente todas las pruebas disponibles (TEDH, *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 233, donde no se solicitó un video de un programa de televisión que documentaba la detención de la víctima); no llevaron a efecto debidamente la exhumación, el levantamiento del cadáver o de los restos humanos y las diligencias de identificación (cfr. CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 227; la misma, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 173-177; la misma, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit., párrs. 166-167; la misma, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párr. 161) o se suspendió injustificadamente el curso de la investigación, se subdividió innecesariamente en varios procesos o reemplazó en demasiadas ocasiones al encargado de la misma (cfr. TEDH, *Kaya vs. Turkey*, cit., párr. 103; el mismo, *Taş vs. Turkey*, cit., párr. 60; CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 229; la misma, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 175-191, dando cuenta de la presentación de más de un centenar de excusas que dilataron sobremanera el proceso interno en todas sus etapas).



encargan de advertir en su argumentación que no implica una invasión indebida en los asuntos internos de los Estados<sup>543</sup>.

### 3.5.2.2. La rapidez de la investigación

Una primera exigencia del estándar de rapidez consiste en que el inicio de la investigación debe ser inmediato, con lo cual la autoridad competente debe comenzar con las diligencias investigativas tan pronto reciba la noticia de que se ha cometido una desaparición o tenga motivos razonables para creer que pudo haberse cometido. Generalmente, la autoridad recibe la noticia mediante la presentación formal de una denuncia por parte de un tercero. Sin embargo, también puede ocurrir que por cualquier otro medio, la autoridad tenga motivos razonables para creer que pudo haber ocurrido una desaparición, debiendo iniciar una investigación de oficio y la mayor brevedad<sup>544</sup>.

Según la CorteIDH, la investigación debe 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*

---

<sup>543</sup> La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida es muy útil para ilustrar esta cuestión. El papel del Tribunal es determinar si la investigación ha cumplido con los estándares mínimos, para cuyos efectos debe revisar el proceso en su conjunto, incluyendo la fase investigativa. Cfr. *Kaya vs. Turkey*, cit., párr. 102; *Ertak vs. Turkey*, application no.20764/92, judgment, 9 de mayo de 2000, párrs. 134-135; *Timurtaş vs. Turkey*, cit., párr. 87; *Taş vs. Turkey*, cit., párr. 69; *Cyprus vs. Turkey*, cit., párr. 131; *Baysayeva vs. Russia*, cit., párr. 124; *Bazorkina vs. Russia*, cit., párr. 116. La CorteIDH, por su parte ha señalado explícitamente que no le corresponde proceder a juzgar a los individuos involucrados en los hechos, sino simplemente valorar si el Estado tiene responsabilidad por la vulneración de los derechos protegidos en la CADH, siendo necesario analizar si la investigación se desarrolló con regularidad. Cfr. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 134; *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo, cit., párr. 223; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párr. 165.

<sup>544</sup> CIPPDF, cit., artículo 12(2). Para la discusión de esta facultad en los trabajos preparatorios cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 76; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 96 y 98; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 62. Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Taş vs. Turkey*, cit., párrs. 69-70; *Baysayeva vs. Russia*, cit., párr. 126, que declaró la infracción de la obligación de investigar, entre otras razones, porque el inicio de la investigación tardó injustificadamente ocho días contados desde la recepción de la denuncia; *Bazorkina vs. Russia*, cit., párr. 121; *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 228, destacando que la investigación se inició inmediatamente después de la recepción de la denuncia. Cfr. también, las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 228; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párr. 167. En doctrina vid. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 329 y 470.

verdad”<sup>545</sup>. El TEDH también ha sostenido la obligatoriedad de iniciar de oficio una investigación tan pronto la autoridad tenga noticia de una desaparición<sup>546</sup>.

Esta exigencia tiene una justificación teórica, porque el deber de investigación posee un carácter público si el crimen cometido posee una cierta gravedad. Pero también hay una motivación práctica que justifica el deber de iniciar de oficio la investigación, porque la realidad ha demostrado que el contexto que rodea la comisión de una desaparición forzada puede desincentivar la presentación de denuncias por parte de los particulares. Si la desaparición viene cometida en un contexto de crímenes de lesa humanidad, a mano de un gobierno autoritario que pretende reprimir la oposición y difundir un miedo generalizado entre los ciudadanos, no será nada fácil para los familiares de los desaparecidos presentar denuncias ante autoridades jurisdiccionales que muchas veces son cómplices de las actuaciones del régimen<sup>547</sup>. Por otro lado, es indispensable que la investigación se active en cuanto antes, porque será determinante para intentar salvar a la víctima de una eventual ejecución extrajudicial o para evitar que se pierda la información sobre su destino y paradero.

Pues bien, el estándar de rapidez también exige que, iniciada la investigación, su curso no debe sufrir dilaciones innecesarias o injustificadas. Frecuentemente, los Estados han alegado en su defensa que la investigación no siempre puede desempeñarse con la rapidez deseada, porque ciertas dificultades contextuales no lo permiten. Habrá que valorar caso a caso la responsabilidad del Estado en esas situaciones, considerando qué tipo de dificultades se presentaron y su imputabilidad a los agentes estatales. De todos modos, tratándose de delitos tan graves como la desaparición es exigible el máximo esfuerzo en el desarrollo diligente de las pesquisas<sup>548</sup>.

---

<sup>545</sup> Cfr. los siguientes precedentes de la CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párrs. 177, 180 y 181; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párrs. 188 y 190; *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párr. 77; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 223; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 194; *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, cit., párr. 61; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, cit., párr. 144; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párr. 212; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 155, 160, 170 y 177.

<sup>546</sup> Cfr. TEDH, *Bazorkina vs. Russia*, cit., párr. 117; el mismo, *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 221.

<sup>547</sup> OTT, op. cit., p. 235.

<sup>548</sup> En doctrina, también favorable a una valoración casuística, VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 383, agregando a p. 363, que recae sobre el Estado la carga de la prueba sobre las dificultades que ralentizan o imposibilitan las diligencias de investigación. El TEDH ha adoptado una posición justificadamente exigente al considerar que no cualquier dificultad puede exonerar al Estado de su responsabilidad. Cfr. *Baysayeva vs. Russia*, cit., párrs. 126-128; *Kaya vs. Turkey*, cit., párrs. 106-107;

Un aspecto esencial de la investigación que no ha sido debidamente regulado en la CIPPDF es su duración. Ya se ha aclarado que debe iniciarse tan pronto se tenga noticia de la desaparición, pero ¿hasta cuándo debe durar? La única referencia de la CIPPDF a esta cuestión está contenida en el artículo 24, disposición destinada a la reparación y que en su parágrafo 6 prescribe que la investigación debe continuar “*hasta establecer la suerte de la persona desaparecida*”<sup>549</sup>.

Pese a la literalidad de esta disposición, no basta sólo con determinar la suerte y el paradero de la víctima, sino que es necesario realizar todas las diligencias necesarias para descubrir la identidad de los perpetradores, tal como ha sido sostenido por el TEDH y la CorteIDH<sup>550</sup>. La vulneración de esta obligación, por lo tanto, es un hecho ilícito permanente que se prolonga hasta que no se aclare la suerte y el paradero de la persona desaparecida y se identifiquen a los responsables<sup>551</sup>.

Sin embargo, dada su naturaleza de obligación de medios es difícil determinar el momento exacto en que debe finalizar la investigación. Si no es exigible el éxito de la investigación, cabe preguntarse hasta cuándo debe durar. No es posible establecer una respuesta unívoca y no parece haber otra alternativa que realizar una valoración caso a caso, que tome en consideración el Derecho nacional de cada Estado y la utilización de todos los medios disponibles para llevar a cabo las diligencias. Asimismo, habrá que atender al contexto en que se inserta la ejecución del hecho, porque en las situaciones de violencia estructural o generalizada, probablemente no existirán las condiciones adecuadas para llevar a cabo una investigación. Finalmente, si bien debe tenerse en cuenta que las reglas del debido proceso exigen la conclusión de un juicio dentro de un plazo razonable, el contexto al que se hacía referencia puede servir para flexibilizar este criterio.

---

*Bazorkina vs. Russia*, cit., párrs. 119 y 121; *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 224. En el mismo sentido, cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 188; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, cit., párr. 130; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 178; *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párr. 85.

<sup>549</sup> Lo mismo dispone el art. 13(6) de la DPPDF.

<sup>550</sup> Cfr. TEDH, GC. *Varnava and others vs. Turkey*, applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, judgment, 18 September 2009, párrs. 145, 148 y 186; CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 181.

<sup>551</sup> Cfr. TEDH, *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párrs. 145, 148 y 186; CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 181. En doctrina, cfr. REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003, pp. 317-ss.; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 78.

### 3.5.2.3. La imparcialidad e independencia de la investigación

De la letra del art. 12(1) de la CIPPDF se infiere que el órgano encargado de la investigación debe ser independiente e imparcial<sup>552</sup>. Tratándose de una investigación penal, el órgano debe ser de carácter judicial<sup>553</sup>.

El TEDH, la CorteIDH y el CED han sostenido que la investigación carece de independencia e imparcialidad si los integrantes del órgano juzgador pertenecen a la misma entidad que participó en la comisión de la desaparición forzada o están sujetos a la misma estructura jerárquica<sup>554</sup>. Según el CED, lo ideal es que la entidad investigadora esté especializada en desapariciones forzadas<sup>555</sup>.

El art. 12(3) dispone que el órgano investigador debe contar con los recursos y facultades suficientes para llevar a cabo eficazmente la investigación<sup>556</sup>. Al respecto, la CorteIDH ha sostenido debe contar con recursos logísticos y científicos necesarios para la recolección y análisis de las pruebas y tener la facultad para acceder a la documentación e información pertinente<sup>557</sup>.

En resumen, la investigación de cualquier desaparición forzada debe ser rápida, eficaz y ser realizada por un órgano independiente e imparcial. El respeto de estos

---

<sup>552</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 77.

<sup>553</sup> CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 202; la misma, *Masacre de Ituango vs. Colombia*, cit., párr. 327; la misma, *Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párrs. 205-215. Todas estas sentencias dan cuenta de las falencias de la investigación llevada a cabo por un órgano administrativo.

<sup>554</sup> TEDH, *Bazorkina vs. Russia*, cit., párr. 118; el mismo, *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 222; *Taş vs. Turkey*, cit., párr. 71, indicando que no es independiente e imparcial un órgano administrativo cuyos integrantes son oficiales sujetos a la misma estructura jerárquica y cadena de mando de los servicios de seguridad que participaron en la desaparición; CorteIDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 190, caso en que la única investigación realizada a nivel interno se encomendó a las Fuerzas Armadas, entidad involucrada en la desaparición; la misma, *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, cit., párr. 103, refiriéndose a las presiones ejercida por el fiscal a cargo de la investigación contra víctimas y testigos; CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 25; el mismo, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 16.

<sup>555</sup> Cfr. CED. *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 25; el mismo, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 22. Cfr. CORTE SUPREMA DE NEPAL, *Rabindra Prasad Dhakal...*, cit., pp. 323-324.

<sup>556</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 77; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 63-64.

<sup>557</sup> CorteIDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párr. 168; la misma, *Tiu Tojín vs. Guatemala*, cit., párr. 77.

estándares contribuirá a evitar la pérdida de información sobre la situación de la víctima, a impedir una eventual ejecución extrajudicial y a individualizar a los responsables. A continuación, se explicará de qué manera puede obstruirse la actividad investigativa.

### 3.5.3. La obstrucción a la investigación

El art. 12(4) de la CIPPDF impone a los Estados el deber general de adoptar las medidas necesarias para prevenir y reprimir la obstrucción de la investigación, con el objeto de “*garantizar 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 de represalia sobre el denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como sobre quienes participan en la investigación*”<sup>558</sup>.

En los trabajos preparatorios se discutió si la sanción aplicable a esta conducta debía ser exclusivamente penal<sup>559</sup>. El texto de la CIPPDF no lo explicita, lo que parece prudente de cara al principio de proporcionalidad de las penas. En efecto, la entidad y naturaleza de las mismas debe ajustarse a la gravedad de la infracción cometida, de modo que no debe excluirse *a priori* la aplicación de sanciones diferentes de la penal, por ejemplo, sanciones administrativas, disciplinarias o civiles, siempre que sean proporcionales a la gravedad de la obstrucción<sup>560</sup>.

---

<sup>558</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 100. Cfr. CED. *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párrs. 20-21. Un precedente que hace referencia a la conducta de obstrucción a la investigación es el caso de la CorteIDH, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit., párrs. 168-172, en que el Jefe Nacional de la Policía de Guatemala sustituyó el informe policial que identificaba al presunto autor del asesinato por otro informe en que se alteraron completamente las conclusiones y párrs. 173-174, dando cuenta de la manipulación de los informes emitidos por el Estado Mayor Presidencial y el Ministerio de Defensa con el fin de disipar toda sospecha sobre el responsable.

<sup>559</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párrs. 78-79. El art. 11(8) del Proyecto de 1998, cit., contemplaba la medida de suspensión de la función oficial del presunto autor mientras durare la investigación, pero en definitiva la CIPPDF no la incorporó.

<sup>560</sup> Opinando lo contrario OTT, op. cit., pp. 235-236, para quien el principio de proporcionalidad obliga a la imposición de sanciones penales.

### 3.5.4. La protección de personas vinculadas a la investigación

El art. 12(1) y (4) de la CIPPPDF exige que se adopten las medidas necesarias para proteger las personas que tienen alguna clase de participación o interés en la investigación. La lista incluye a los “*denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como [...] quienes participen en la investigación*”<sup>561</sup>. No se trata de una lista exhaustiva, sino de una enumeración ejemplificativa. Además, el sintagma “*quienes participen en la investigación*” debe ser interpretado en sentido amplio, incluyendo a jueces, fiscales, peritos y cualquier otra persona que tenga participación en la investigación y que corra algún riesgo de maltrato, presión o intimidación<sup>562</sup>.

Pues bien, de las explicaciones anteriores se puede apreciar cuán importante es llevar a cabo una investigación que cumpla con los estándares internacionales. Asimismo, es indispensable evitar cualquier clase de obstrucción a las pesquisas, desincentivándolas mediante sanciones apropiadas. Finalmente, no puede haber una investigación eficaz si no se protege a las personas que puedan tener alguna vinculación con la misma. Si se cumplen con todos estos criterios habrá una alta probabilidad de identificar a los responsables. Si eso ocurre, el paso siguiente es cumplir con la obligación de sanción. La CIPPDF contempla un conjunto de deberes específicos al respecto, que serán objeto de glosa en los próximos epígrafes.

### 3.6. La obligación general de sanción y las diferentes obligaciones que le dan concreción

---

<sup>561</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 99, 101-102. Cfr. CorteIDH. “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, cit., párr. 231; la misma, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, cit., párrs. 183-199, explicando que durante la tramitación se produjeron amenazas, hostigamientos e incluso asesinatos de testigos, peritos, jueces, policías investigadores, familiares de la víctima e integrantes de ONGs.

<sup>562</sup> En práctica reciente, el CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 18, ha indicado que las medidas de protección deben aplicarse a todas las personas indicadas en el art. 12(1). Cfr. CORTE SUPREMA DE NEPAL, *Rabindra Prasad Dhakal...*, cit., p. 337. Por su parte, en GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párrs. 32 y 36, se destaca que esta obligación debe cumplirse con una perspectiva de género.

El deber de sanción consiste en la obligación del Estado de castigar a los responsables de violaciones a los derechos humanos<sup>563</sup>. Para el logro de ese cometido es necesario que el Estado cuente con un ordenamiento jurídico interno que defina la infracción respectiva y que contemple un procedimiento adecuado para la imposición y ejecución de las sanciones. Además, es necesario que el Estado cuente con un aparato jurídico e institucional suficientemente eficiente y funcional para procesar y sancionar a los perpetradores<sup>564</sup>.

En casos de graves violaciones a los derechos humanos, la naturaleza de la sanción debe ser penal. Sin embargo, uno de los dilemas más polémicos relacionados con la justicia transicional es el que enfrenta la paz con la justicia. ¿Puede renunciarse al castigo de los responsables si es una condición inevitable para el logro de la paz? Muchas son las respuestas con las que se ha tratado de responder a esta pregunta y no es posible abordar en este lugar las diversas posiciones teóricas. Probablemente, no existen fórmulas absolutas, sino criterios y pautas generales que pueden ser aplicadas en cada situación concreta. De todas formas, en el Derecho internacional se va asentando la idea de que ante graves violaciones a los derechos humanos, existe la obligación de procesar y sancionar a los culpables<sup>565</sup>.

La obligación general de sanción viene concretada en la CIPPDF mediante la imposición de tres grupos de obligaciones. El primero de ellos reúne deberes de carácter penal y su principal objetivo es sugerir a los Estados algunos criterios para guiarlo en la tipificación interna de la desaparición forzada. Un segundo grupo de obligaciones aglutina un conjunto de reglas sobre el sistema de atribución de jurisdicción de los tribunales internos y su finalidad es promover el juzgamiento de los responsables y

---

<sup>563</sup> DULITZKY, op. cit., p. 86.

<sup>564</sup> Capítulo VIII, § 3.2.2.

<sup>565</sup> GÓMEZ ISA. “Justicia, verdad y reparación en el proceso de desmovilización paramilitar en Colombia”, en GÓMEZ ISA (dir.), *Colombia en su laberinto. Una mirada al Conflicto*. Madrid: Catarrata, 2008, pp. 92-93; el mismo, “El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina”, *Pensamiento Iberoamericano*, n° 2, 2008, p. 170; el mismo, “Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso de Colombia”, en REED, Michael/RIVERA, María Cristina (eds.). *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010, pp. 205; MALLINDER, Louise. “Beyond the Courts?: the Complex Relationship of Trials and Amnesties” [En línea], *Social Science Research Network*, 6 de mayo de 2011. Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1630418](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1630418)>. [Consulta: 28 de julio de 2014], p. 1; MEINTJES, Garth/ MÉNDEZ, Juan E. “Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction”, *International Law Forum du Droit International*, vol. 2, Issue 2, 2000, pp. 76-77; UPRIMNY, Rodrigo. “Introducción”, en UPRIMNY YEPES, Rodrigo (Dir.). *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: 2006, DeJuSticia, pp. 13.

evitar situaciones de impunidad que podrían generarse por la falta de competencia de los tribunales nacionales. Finalmente, también se ha decidido incluir entre las obligaciones de sanción aquellos deberes vinculados con la cooperación internacional, porque su finalidad primordial es la búsqueda de la justicia, aunque la cooperación también cumple con una finalidad preventiva, investigativa e incluso reparadora.

### **3.6.1. Obligaciones de persecución penal**

Entre las obligaciones de carácter estrictamente penal, la CIPPDF establece una serie de criterios que los Estados deben cumplir cuando incorporan la desaparición en su legislación nacional. Así, la Convención se refiere a la tipificación interna de la desaparición, a algunos criterios sobre la proporcionalidad de la pena, a las reglas modificativas de la responsabilidad penal, a la obediencia debida como causa de antijuridicidad y a algunas circunstancias de extinción de la pena, específicamente, la amnistía, la prescripción y el indulto.

#### **3.6.1.1. La tipificación penal interna**

Los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas suelen contener deberes específicos vinculados con la tipificación penal interna<sup>566</sup>. Sin tipificación la sanción de la desaparición se torna imposible<sup>567</sup>. Por esta razón, preocupa mucho el diagnóstico del GTDFI advirtiendo que son pocos los Estados que han incorporado la desaparición forzada a su legislación nacional<sup>568</sup>.

La primera cuestión que debe aclararse sobre la tipificación nacional es si la CIPPDF impone a los Estados incorporar un delito específico y autónomo o si confiere discrecionalidad permitiendo la aplicación de otros tipos penales y de las reglas sobre

---

<sup>566</sup> Cfr. CIDFP, cit., art. III; DPPDF, cit., art. 4.

<sup>567</sup> ACNUDH. *Oral Presentation of the Report submitted by Mr. Manfred Nowak, Independent Expert, on the international legal framework for the protection of persons from enforced disappearance, pursuant to paragraph 11 of Commission Resolution 2001/46*, 26 de marzo de 2002. s.p.

<sup>568</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas..., A/HRC/16/48/Add.3, cit., párr. 3.



concursos de delitos. El texto de la Convención no ayuda a desvelar esta duda, porque nada dice al respecto<sup>569</sup>.

Los trabajos preparatorios demuestran que la opinión de las delegaciones estaba dividida, ya que algunas de ellas –como la mexicana– consideraban que la Convención debía exigir la tipificación autónoma de la desaparición, mientras que otras –como la estadounidense, china e iraní– abogaban por la solución contraria. Incluso, entre las delegaciones favorables a la tipificación autónoma había desacuerdo sobre la manera más adecuada de tipificación, ya que no todas las delegaciones pensaban que era necesario incorporar la desaparición siguiendo al pie de la letra la definición de la Convención<sup>570</sup>.

En la doctrina, algunos autores son favorables a una tipificación autónoma y específica, apelando al carácter especial y distintivo de la desaparición y a la insuficiencia de delitos similares, como la tortura o el secuestro<sup>571</sup>. Sin embargo, MODOLELL GONZÁLEZ sostiene que la esencia de la obligación de tipificación estriba en la voluntad política de un Estado de perseguir y sancionar este delito, bastando para cumplir este deber, la existencia de tipos penales que protejan los bienes jurídicos vulnerados por este crimen, siendo demasiado exigente requerir una tipificación idéntica a las definiciones de los tratados internacionales<sup>572</sup>.

La CorteIDH ha sostenido reiteradamente lo contrario, esgrimiendo que los Estados deben tipificar la desaparición incluyendo todos los elementos de la definición del artículo II de la CIDFP. Según la tesis desarrollada en su jurisprudencia, las convenciones internacionales regionales sobre derechos humanos, al definir ilícitos como la tortura o la desaparición, establecen un estándar mínimo infranqueable para los

---

<sup>569</sup> En cambio, el art. 5(1) del Proyecto de 1998, cit., exigía explícitamente la tipificación autónoma e independiente de la desaparición.

<sup>570</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párrs. 100-103; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 49-52; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párrs. 37-38.

<sup>571</sup> Cfr. CAPELLÀ I ROIG, op. cit., p. 275; CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 527; MCCRORY, op. cit., pp. 550-551, OTT, op. cit., p. 203.

<sup>572</sup> MODOLELL GONZÁLEZ, “El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 196-197.

Estados, que de no ser respetado conduce a la vulneración de la obligación internacional de prevenir y sancionar, configurando incluso una situación de impunidad<sup>573</sup>.

En el sistema europeo, en cambio, es muy probable que la inexistencia de una convención específica sobre desapariciones forzadas haya influido en la posición del TEDH, según la cual no es necesaria una tipificación autónoma. En su jurisprudencia se ha limitado a requerir medidas efectivas para la protección del derecho a la vida<sup>574</sup>.

El GTDFI ha sido partidario de una tipificación específica que incluya todos los elementos de la definición, argumentando que la complejidad y gravedad del delito no puede ser abarcada por delitos afines si se pretende cumplir con el principio de proporcionalidad<sup>575</sup>.

Finalmente, el CED ha considerado que la tipificación de la desaparición debe reproducir con exactitud la definición del artículo 2, evitando alterar la redacción de su texto, modificar el orden de sus elementos o recurrir a otras expresiones<sup>576</sup>.

Una cuestión que pudo haber sido tratada con más claridad por la CIPPDF dice relación con el carácter de crimen de lesa humanidad que puede asumir la desaparición forzada. Al respecto, el artículo 5 de la Convención se limita a una remisión al Derecho internacional aplicable, sin determinar si los Estados tienen la obligación de incorporar

---

<sup>573</sup> Cfr. los siguientes casos de la CorteIDH: *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párrs. 92 y 94-97; *Goiburú y otros vs. Paraguay*, cit., párr. 92; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 181-189; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párrs. 94-98; *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, cit., párr. 105; *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., párr. 318. Cabe resaltar que en los casos *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párrs. 104-105 y *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 184-185, los Estados demandados no habían ratificado la CIDFP, con lo cual la Corte concluyó que la ausencia de una tipificación específica de la desaparición no configuraba una infracción a la CADH, porque las legislaciones penales internas contemplaban delitos contra la vida, la integridad personal y la libertad.

<sup>574</sup> Cfr., v. gr., las siguientes sentencias del TEDH: *Kaya vs. Turkey*, cit., párr. 85; *Osmanoğlu vs. Turkey*, cit., párr. 72.

<sup>575</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, A/HRC/16/48, cit., párr. 566; el mismo, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas..., A/HRC/16/48/Add.3, cit., párrs. 10, 11 y 21; GTDFI. *General Comment on Article 4 of the Declaration*, en CDH. *Question of the Human Rights of all Persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment*. Question of Enforced or Involuntary Disappearances. Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. E/CN.4/1996/38 (15 de enero de 1996), párrs. 54-55. La PACE, res. 1463 (2005), cit., párr. 10(3)(8), también ha exigido una tipificación específica.

<sup>576</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 11; el mismo, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párrs. 12-13. Cfr. CORTE SUPREMA DE NEPAL, *Rabindra Prasad Dhakal...*, cit., p. 336.

en la tipificación interna una versión de la desaparición con carácter de crimen de lesa humanidad<sup>577</sup>.

De los trabajos preparatorios se infiere que no hubo una reflexión profunda sobre la obligación de penalizar la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad, ya que la discusión sólo se refirió a la manera en que el crimen de lesa humanidad debía regularse en la Convención, pero no en los ordenamientos nacionales<sup>578</sup>.

El CED expresó que la tipificación de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 5<sup>579</sup>. Sin embargo, esta disposición sólo contiene una remisión y no aclara cuáles son los elementos de los crímenes de lesa humanidad. Dada la importancia de la cuestión para la sanción de la desaparición forzada, cabe esperar que el CED aclare su posición sobre el significado de esta norma. Cabe tener en cuenta los problemas interpretativos que pueden surgir respecto de Estados Partes de la Convención que también hayan ratificado el ER, dado que las definiciones de ambos instrumentos no son idénticas.

El GTDFI ha realizado un estudio de Derecho comparado titulado *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, cuyas aportaciones son muy ilustrativas para la solución de este problema. En efecto, constata que un número considerable de Estados tipificó la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad, generalmente trasladando al ordenamiento interno la definición del ER. Sin embargo, el GTDFI advierte que un acto aislado de desaparición también configura una violación de los derechos fundamentales y de obligaciones internacionales, de modo que debería ser objeto de una sanción penal<sup>580</sup>. Por lo tanto, se

---

<sup>577</sup> Este artículo dispone que “[l]a práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el Derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el Derecho internacional aplicable”.

<sup>578</sup> Resulta especialmente criticable la posición de la delegación estadounidense, para la cual no era necesaria una obligación internacional de incorporar internamente la desaparición como un crimen de lesa humanidad. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 100; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General...*, A/HRC/1/G/1, cit., Annex, p. 4.

<sup>579</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párrs. 14-15.

<sup>580</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. *Mejores prácticas...*, A/HRC/16/48/Add.3, cit., párrs. 13-20. Cfr. ANDREU-GUZMAN, “Progress toward a United Nations Treaty against Enforced Disappearances”, cit., p. 332; GIORGOU, op. cit., p. 1008.

infiere que una tipificación ideal de la desaparición forzada debe ser capaz de captar tanto su comisión aislada como su ejecución en el contexto de un crimen de lesa humanidad.

En definitiva, en la situación actual del Derecho internacional, la mejor definición de los crímenes de lesa humanidad es la contenida en el artículo 7 del ER, según el cual “*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*”. Por ende, la mejor manera de interpretar la remisión del artículo 5 es concluyendo que está haciendo referencia a esa definición de crímenes de lesa humanidad.

Pasando a otro tema, es necesario señalar que en materia de *iter criminis* la CIPPDF exige que la tipificación abarque la tentativa y la consumación<sup>581</sup>. Finalmente, con respecto a la autoría y participación, la CIPPDF exige que la tipificación incluya la autoría directa (v. gr., autor material), la autoría indirecta (v. gr., autor mediato), la participación (v. gr., instigación, complicidad)<sup>582</sup> e incluso describa con cierto detalle los requisitos de la responsabilidad del superior<sup>583</sup>. En general, cuestiones como el *iter*

---

<sup>581</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 53-54 y 57.

<sup>582</sup> CIPPDF, cit., art. 6(1)(a). Cfr. CIDFP, cit., art. I(b). Para la discusión en los trabajos preparatorios, cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 53-54 y 57; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 41. Para una referencia a la regulación de la autoría y participación en los ordenamientos internos, vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas..., A/HRC/16/48/Add.3, cit., párrs. 35-38. La CorteIDH ha insistido sobre la obligación de sancionar a los autores materiales e intelectuales: *Goiburú y otros vs. Paraguay*, cit., párr. 117; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 143.

<sup>583</sup> CIPPDF, cit., art. 6(1)(b) y (c). Como se infiere de los trabajos preparatorios, se optó por una redacción muy similar a la del art. 28 del ER. Cfr. CHD, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 55-57; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 42-44; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párrs. 108-110.

La doctrina ha debatido sobre la interpretación de los numerales (i) a (iii) del art. 6(1)(b) de la CIPPDF, discutiendo si cada uno de ellos se refiere a una categoría de imputabilidad autónoma (cfr. CITRONI, “The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: A Milestone in International Human Rights Law”, *Journal de TRIAL*, n° 19, juillet 2009, p. 13; MCCRORY, op. cit., p. 553) o si contemplan los requisitos cumulativos necesarios para que se entienda configurada la responsabilidad del superior (vid. OTT, op. cit., pp. 209-210). A mi juicio, si se traza una vinculación entre el art. 6 CIPPDF y el art. 28 ER, se puede concluir que la primera de estas disposiciones enuncia los requisitos cumulativos necesarios para la configuración de la responsabilidad del superior. Sin embargo, su redacción es técnicamente más deficiente que el art. 28 ER. Ahora bien, otra cuestión es interpretar en qué consiste cada uno de los requisitos, cuestión de suma complejidad que no puede ser abordada en este lugar.

Por su parte, el CED. *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 16, ha aclarado que la responsabilidad del superior corresponde “a un régimen de responsabilidad plena de conformidad con el artículo 6 de la Convención y no a un régimen de complicidad”. Si bien “responsabilidad plena” es una terminología

*criminis* y la autoría son tratadas por la Parte General de los sistemas penales nacionales. Habrá que analizar en cada caso si el tratamiento de estas cuestiones es adecuado de cara a las exigencias de la Convención Internacional, prestando especial atención a la posibilidad de aplicar las reglas generales al delito de desaparición forzada.

Teniendo claro el debate sobre la tipificación interna de la desaparición es necesario abordar brevemente la discusión sobre algunas reglas relacionada con la determinación de la pena.

### **3.6.1.2. El principio de proporcionalidad y reglas modificativas de la responsabilidad penal**

En cuanto a la determinación de la pena, el artículo 7(1) de la CIPPDF consagra el principio de proporcionalidad<sup>584</sup>. Si bien los ordenamientos nacionales suelen regular este principio, a la Convención le interesa resaltar que la desaparición es un delito de elevada gravedad y que la sanción impuesta a sus perpetradores debe ser adecuada.

El ejercicio de la potestad punitiva sobre la desaparición forzada dependerá en gran medida de los Estados. Para fijar una pena proporcionada, el legislador deberá considerar como baremo las penas asignadas a los delitos más graves de los existentes en su ordenamiento interno<sup>585</sup>. Una desaparición forzada cometida en el contexto de crímenes contra la humanidad debería tener asignada una pena más elevada que una desaparición cometida aisladamente, aunque en este último caso la pena no puede ser demasiado baja, porque sigue siendo un delito grave<sup>586</sup>. Asimismo, la determinación de la pena dependerá del juego de las disposiciones penales de la Parte General, especialmente las que se refieran a la autoría y participación, *iter criminis* y circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal<sup>587</sup>.

---

inadecuada, cabe suponer que el Comité pretende aclarar que la responsabilidad del superior corresponde a una categoría de autor y no a un tipo de partícipe.

<sup>584</sup> Cfr. DPPDF, cit., art. 4(1) y CIDFP, cit., art. III.

<sup>585</sup> MCCRORY, op. cit., p. 553.

<sup>586</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas..., A/HRC/16/48/Add.3, cit., párr. 41.

<sup>587</sup> Por ejemplo, el GTDFI consideró que la fijación de una pena que fluctúe entre los 25 y 40 años de privación de libertad es adecuada. Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas..., A/HRC/16/48/Add.3, cit., párr. 40. Por su parte, el CED calificó inadecuada la pena de 2 a 25 años

Justamente en relación con estas circunstancias, el artículo 7(2) de la CIPPDF contempla una lista no exhaustiva de agravantes y atenuantes<sup>588</sup>. Su incorporación al Derecho nacional dependerá de cada Estado, ya que el tratado no impone su recepción en términos imperativos<sup>589</sup>. A diferencia de los instrumentos internacionales anteriores sobre la desaparición, que sólo hacían referencia a las atenuantes, la Convención presenta un avance, equilibrando la regulación con la incorporación de agravantes<sup>590</sup>.

La posibilidad de atenuar o agravar la pena en los términos previstos por la CIPPDF está en la línea con la práctica del GTDFI y el CED. La pena debería atenuarse si el imputado colabora efectivamente para el esclarecimiento de los hechos o la reaparición con vida de la persona desaparecida, mientras que la agravación de la pena debería aplicarse ante un resultado de muerte de la víctima o por su pertenencia a un grupo vulnerable<sup>591</sup>.

A continuación se explicará si la obediencia debida puede operar como una causa de justificación del delito de desaparición forzada.

### **3.6.1.3. La obediencia debida**

El artículo 6(2) de la CIPPDF prohíbe la invocación de la obediencia debida o jerárquica como eximente de responsabilidad penal, recogiendo una prohibición clásica del Derecho penal internacional y del Derecho internacional de los derechos humanos, en cuya virtud un subordinado no puede justificar la comisión de un delito alegando que ha obrado en cumplimiento de una orden impartida por un superior jerárquico. La

---

asignada al delito de desaparición tipificado en Uruguay, porque el mínimo de la sanción era demasiado bajo y porque el margen entre ese mínimo y el máximo era demasiado amplio, otorgando una discrecionalidad excesiva al juzgador. Vid. CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párrs. 11-12.

<sup>588</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párrs. 53-56; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 59-61.

<sup>589</sup> MCCRORY, op. cit., p. 553.

<sup>590</sup> Cfr. DPPDF, cit., art. 4(2); CIDFP, cit., art. III.

<sup>591</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas...*, A/HRC/16/48/Add.3, cit., párrs. 43-44; CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párrs. 18-19. En doctrina, cfr. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 480-481 y 494-495; OTT, op. cit., p. 213, advirtiendo que un mal uso de las atenuantes podrían configurar un incentivo para la entrega de información no fidedigna por parte de los perpetradores. Durante los trabajos preparatorios la delegación de Canadá advirtió que la aplicación de las atenuantes en ningún caso debían conducir a la aprobación de una amnistía o a un resultado de total impunidad. Vid. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 112.

justificación de esta prohibición estriba en la imposibilidad de hacer primar el deber de obediencia sobre la protección de bienes superiores como los derechos humanos<sup>592</sup>.

En términos generales, pueden diferenciarse tres grandes posturas sobre la obediencia debida como una eximente de responsabilidad. La primera defiende el principio de responsabilidad exclusiva del superior (*respondeat superior*), en cuya virtud el subordinado no tiene responsabilidad alguna por el hecho, recayendo ésta sobre el superior que impartió la orden. La segunda posición aboga por la responsabilidad absoluta del subordinado (*absolute responsibility*), esto es, la imposibilidad de justificar su actuación en la obediencia jerárquica. Finalmente, de conformidad con una tercera postura, correspondiente al principio de la ilegalidad manifiesta (*manifest illegality*), la obediencia jerárquica puede generar efecto eximente si se cumplen algunas exigencias, básicamente, que el subordinado no tenga conocimiento de la ilegalidad de la orden<sup>593</sup>.

La CIPPDF parece asumir la segunda posición, porque excluye cualquier efecto eximente o atenuante de la obediencia debida. Esta regla no se distancia de los otros instrumentos internacionales sobre la desaparición, ya que la DPPDF y la CIDFP también prohíben la obediencia debida<sup>594</sup>. Además, la regulación de la Convención está en línea con lo sostenido por el GTDFI, que ha exigido enfáticamente a los Estados que incorporen en sus ordenamientos la prohibición de la obediencia debida, criticando la anexión de ciertas excepciones que habilitan un efecto eximente y recomendando que la aplicación como atenuante sólo opere si guarda coherencia con el principio de proporcionalidad<sup>595</sup>. A modo de analogía, en el Derecho internacional de los derechos

---

<sup>592</sup> Cfr. AMBOS, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, cit., p. 462; CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, op. cit., p. 415; WERLE, op. cit., p. 352.

<sup>593</sup> Cfr. CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, op. cit., pp. 415-416; WERLE, op. cit., pp. 353-354.

<sup>594</sup> Cfr. DPPDF, cit., art. 6(1)-(2); y CIDFP, cit., art. VIII. Vid. BRODY/GONZÁLEZ, op. cit., pp. 387-388, quienes dan cuenta de la discusión sobre la obediencia debida durante la preparación de la CIDFP, destacando que el intento de introducir esta causa de justificación puso en peligro la aprobación del tratado, obstáculo que pudo ser sorteado gracias a la presión de las ONGs y de las delegaciones de algunos Estados.

<sup>595</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas..., A/HRC/16/48/Add.3, cit., párrs. 52-54.

humanos, un número considerable de instrumentos de *hard* y *soft law* prohíben que la obediencia debida genere un efecto eximente o atenuante<sup>596</sup>.

Durante la discusión de la CIPPDF, la delegación de Nueva Zelanda argumentaba que la regulación de la obediencia debida debía inspirarse en el artículo 33 del ER, precepto que habilita un efecto eximente si se cumplen algunos requisitos<sup>597</sup>. A su vez, la delegación de Estados Unidos criticó duramente la redacción final de la Convención y defendió una interpretación propia, según la cual la obediencia debida exime de responsabilidad a los autores que no tengan conocimiento de la ilicitud de la orden<sup>598</sup>. Sin embargo, es muy claro que la versión definitiva de la CIPPDF no da cabida a ningún de efecto eximente o atenuante.

En el ER, el artículo 33 asume un modelo de ilegalidad manifiesta. Su ámbito de aplicación está relegado a los crímenes de guerra, dado que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad se consideran manifiestamente ilícitas<sup>599</sup>.

---

<sup>596</sup> En cuanto al *hard law* vid. *Convención contra la Tortura*, cit., art. 2; CIPST, cit., art. 4. Extrañamente, la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la AG en su res. 260 A (III), 9 de diciembre de 1948. UNTS, vol. 78, p. 277, no dice nada sobre la obediencia debida. En cuanto al *soft law*, cfr. el principio 3 de los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, cit.; art. 5 del *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, cit.; principio 27(a) del *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cit.

<sup>597</sup> AG. DEPARTAMENT OF PUBLIC INFORMATION. *Third Committee Approves Draft Resolution Concerning Convention on Enforced Disappearances*. GA/SHC/3872, cit., s. p.

<sup>598</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General...*, A/HRC/1/G/1, cit., p. 5.

<sup>599</sup> Para INTELISANO, Antonio. “Gli ordini gerarchici e le prescrizioni di legge”, en LATTANZI, Giorgio/MONETTI, Vito (coords.). *La Corte Penale Internazionale*. Organi-Competenza-Reati-Processo. Milano: Giuffré, 2006, p. 480, se trata de una presunción de Derecho *juris et de iure*. A favor de la restricción del ámbito de aplicación de la obediencia debida a los crímenes de guerra, cfr. *id.*, p. 487; AMBOS, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, cit., p. 464 y n. 59, reconociendo que se trata de una ficción jurídica, porque en los hechos puede ocurrir que un autor cree estar cumpliendo una orden lícita; WERLE, op. cit., p. 357, porque los crímenes de guerra son los más plausibles para la aplicación de eximentes. Para la revisión de algunas críticas, cfr. CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, op. cit., p. 419, argumentando que el ER asume ilegítimamente que cualquier crimen de guerra es menos grave que un crimen de lesa humanidad; SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., p. 513, esgrimiendo que es muy común en los hechos el solapamiento entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, no siendo justificable un criterio de distinción en materia de obediencia debida.

Respecto de los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, la disposición adopta el principio de responsabilidad absoluta del subordinado. Cfr. AMBOS, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, cit., p. 464; WERLE, op. cit., p. 264-265. Siendo la desaparición forzada un crimen de lesa humanidad, la orden de cometerla es manifiestamente ilícita, de modo que cualquier observador hipotético medio que valore objetivamente la cuestión *ex ante* llegará a la misma conclusión. Vid. WERLE, op. cit., p. 357.

Cfr. el artículo 8 del *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, que no otorgaba efecto eximente a la obediencia debida, principio refrendado en instrumentos penales internacionales posteriores: art. 6 del *Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente*, cit.; art. 2(4)(b)



Según el primer párrafo de este precepto “[q]uien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita”. Los tres requisitos son cumulativos<sup>600</sup>. El precepto ha sido duramente criticado desde múltiples flancos. Algunos consideran que su calidad técnico-dogmática es insatisfactoria y otros creen que no debería haberse incluido en el articulado del Estatuto<sup>601</sup>.

Aunque se ha aclarado que la obediencia debida no puede ser aplicada a crímenes de lesa humanidad, considero que vale la pena esbozar algunas reflexiones teóricas. En efecto, la aplicación de los dos últimos requisitos parece poco probable en un caso de desaparición forzada de personas. ¿Es posible pensar en un autor de una desaparición forzada que no conoce la ilicitud de la orden? ¿Puede formularse una orden de cometer

---

de la *Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado*, cit.; arts. 7(4) y 6(4) de los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad-hoc* para la Ex Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, cit.; art. 6(4) *Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona*, cit.; sección 21 de la *Regulation no. 2000/15* sobre el Panel Especial de la Corte del Distrito de Dili para el Timor Oriental, cit. También son dignos de mención, el principio IV de los *Principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg* (CDI. *Formulation of Nurnberg Principles*. Document A/CN.4/22. Report by J. SPIROPOULOS, Spécial Rapporteur”, en *Yearbook of International Commission of Law*, 1950, vol. II, p. 192) y el art 5 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*.

Es difícil encontrar un caso jurisprudencial internacional en que la obediencia debida haya surtido efecto eximente. En algunos precedentes se ha admitido la posibilidad de que la obediencia debida funcione como atenuante siempre que se cumplan requisitos muy estrictos. Para los precedentes de Núremberg, cfr. TRIBUNAL MILITAR V. *The Hostages Trial*, en *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*. Nuernberg, October 1946-April 1949. 15 vols. Washington: Superintendent of Documents, U. S. Government Printing Office, t. XI, 1950, pp. 1236-ss; TRIBUNAL MILITAR II, *The Einsatzgruppen Case*, en *íd.*, t. IV, s f., pp. 470-ss. Para los precedents del TPIY, cfr. Sala de Apelaciones. *Drazen Erdemović*, judgment, IT-96-22, 7 de octubre de 1997, Joint Separate Opinion of Judge McDONALD and Judge VOHRAH. párrs. 34-36 y Separate and Dissenting Opinion of Judge CASSESE, párr. 15. En doctrina, cfr. AMBOS, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, cit., p. 87-88 y 461-462; CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, op. cit., pp. 419-420; WERLE, op. cit., p. 354.

<sup>600</sup> Para un análisis hermenéutico de cada requisito cfr. CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, op. cit., pp. 417-419; SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., pp. 510-512. La norma regula un caso de error de prohibición excusable o invencible que se presenta como una excepción al principio la irrelevancia del error de Derecho (art. 33(2) del ER). Cfr. AMBOS, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, cit., p. 465; CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, op. cit., p. 420; INTELISANO, op. cit., pp. 486-488; SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., p. 511.

<sup>601</sup> Hubo mucha discusión sobre este punto durante la negociación del ER y la redacción actual del art. 33 es fruto de una solución de compromiso. Cfr. WERLE, op. cit., p. 357; INTELISANO, op. cit., p. 480; SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., pp. 509-510 y 512-513, mostrándose favorable a la inclusión del precepto en el ER, siempre que se interprete subjetivamente. En contra, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. “¿Aun un espacio de la racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista penal*, n° 14, 2004, p. 44.

una desaparición que no sea manifiestamente ilícita? La respuesta a estas preguntas debe ser enfrentada caso a caso, aunque pueden plantearse algunas observaciones generales. Recuérdese que la desaparición forzada es un delito en que suelen participar muchas personas y que se desarrolla en dos fases bien definidas: la privación de libertad y la denegación de información. La orden explícita de cometer una desaparición es a todas luces manifiestamente ilícita, de modo que la obediencia debida sólo podría surtir algún efecto si el contenido de la orden es distinto. Quizás su aplicación sea más factible respecto de sujetos que participan en la privación de libertad, porque se trata de una conducta que puede ser lícita *ab initio*. Sin embargo, es bastante complejo imaginar un caso en que opere la obediencia debida respecto de los sujetos que proceden a denegar la información sobre la situación del detenido, porque se trata de una conducta generalmente ilícita.

Ahora bien, a continuación se repasarán algunas circunstancias que extinguen la responsabilidad penal y que, al igual que la diligencia debida, han sido mal utilizadas en contextos de desapariciones forzadas para la generación de situaciones de impunidad.

#### **3.6.1.4. Las causas de extinción de la pena**

La desaparición no debe admitir la aplicación de ciertas causas de extinción de la pena. El artículo 18 de la DPPDF y el artículo IX párrafo 3 de la CIDFP proscriben la procedencia de la amnistía, los indultos y cualquiera otra clase de medida extintiva de la pena. Lamentablemente no existe una disposición análoga en la CIPPDF, porque durante los trabajos preparatorios algunas delegaciones lograron excluir del articulado una disposición de esta índole<sup>602</sup>.

El GTDFI ha manifestado en reiteradas ocasiones su contrariedad hacia cualquier clase de medida que tenga por finalidad excluir la pena impuesta a los autores de desapariciones. Sólo para citar una fuente representativa, el *Comentario General sobre el artículo 18 de la Declaración* fija estrictas limitaciones para la procedencia de las amnistías y otras medidas similares, aclarando que en ningún caso pueden

---

<sup>602</sup> Cfr., CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 82; la misma *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 73-80; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 112.

obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de investigación y sanción, el derecho a la verdad y el derecho a la reparación<sup>603</sup>.

A continuación, se discutirá si algunas las causas de exclusión de la pena que más polémica han generado en el debate sobre la impunidad, pueden aplicarse a las desapariciones forzadas; a saber, la amnistía, la prescripción y el indulto.

#### **3.6.1.4.1. Amnistías**

La amnistía es una causa de exención de pena que opera como un generador de impunidad. En este apartado sólo se hará referencia a la amnistía como causa de exclusión de pena de la desaparición forzada, obviándose una remisión a la abundante doctrina y práctica internacional que analiza este instituto desde múltiples aspectos<sup>604</sup>. Para tal efecto, se estudiará la incompatibilidad de las amnistías con las desapariciones forzadas. También se ha considerado de interés realizar una breve referencia al caso *Gelman vs. Uruguay* de la CorteIDH, un caso sobre desapariciones forzadas que se ha pronunciado sobre la prohibición de las amnistías aprobadas democráticamente.

##### **3.6.1.4.1.1. La amnistía y las desapariciones forzadas: una incompatibilidad irreconciliable**

Un estudio del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, ACNUDH) define las amnistías como medidas jurídicas que impiden el enjuiciamiento penal o anulan retroactivamente la responsabilidad penal<sup>605</sup>. Según GUZMÁN DALBORA, “[l]a amnistía es un instituto en virtud del cual el poder público,

---

<sup>603</sup> GTDFI. *Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración*, en CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. E/CN.4/2006/56 (27 de diciembre de 2005), párrs. 1-4.

<sup>604</sup> Para un punto de partida en el estudio de la amnistía y de su incidencia en los derechos humanos, cfr. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 280-ss; CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos jurídicos iberoamericanos: impunidad fáctica, amnistías e indultos” en CAPELLÀ, Margalida/GINARD, David. *Represión Política, Justicia y Reparación*. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008). Palma de Mallorca: Documenta Balear, 2009, pp. 281-ss.

<sup>605</sup> ACNUDH. *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto*. Amnistías. HR/PUB/09/1. Nueva York/Ginebra: Naciones Unidas, 2009, p. 5.

*por razones de alta política y mediante una norma de carácter general, renuncia a punir un cierto número de delitos, extinguiendo completamente las responsabilidades penales derivadas de éstos*<sup>606</sup>.

En los instrumentos internacionales sobre las desapariciones forzadas se ha aclarado que la amnistía no puede ser aplicada a este delito. Sin embargo, no existe una disposición análoga en la CIPPDF, pese a que el proyecto originario contemplaba una norma en tal sentido<sup>607</sup>. La prohibición expresa de la amnistía fue un tema sometido a arduo debate durante los trabajos preparatorios, prevaleciendo finalmente la posición contraria a su incorporación expresa<sup>608</sup>.

En general, las amnistías son incompatibles con la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables, sin perjuicio de menoscabar el derecho de las víctimas a la reparación y al conocimiento de la verdad<sup>609</sup>. Dado que la CIPPDF consagra dichas obligaciones y derechos, la única interpretación válida es que sus disposiciones no dan cabida a la amnistía<sup>610</sup>. Pese a la obviedad de esta tesis, la falta de una disposición expresa que lo indique es un hecho lamentable<sup>611</sup>.

Cabe tener en cuenta que desde un punto de vista penal, el carácter permanente de la desaparición genera un importante efecto, porque si el período consumativo se inicia durante el ámbito temporal abarcado por la amnistía y se extiende más allá del mismo, el

---

<sup>606</sup> GUZMÁN DALBORA, Luis. "Título V. De la Extinción de la Responsabilidad Penal", en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.) y MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Tomo I. Libro Primero-Parte General. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002, p. 445: "La amnistía es un instituto en virtud del cual el poder público, por razones de alta política y mediante una norma de carácter general, renuncia a punir un cierto número de delitos, extinguiendo completamente las responsabilidades penales derivadas de éstos".

<sup>607</sup> Cfr. DPPDF, cit., art. 18.1; CIDFP, cit., art. IX, aunque no se refiere literalmente a la amnistía. El Proyecto de 1998 contemplaba la prohibición de estas medidas en su art. 17.

<sup>608</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...* Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 82; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 73-80; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 112. En doctrina vid. CALLEJON, Claire. "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*, n° 66, avril 2006, pp. 350-351.

<sup>609</sup> Cfr. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 284; GÓMEZ ISA, "Justicia, verdad y reparación en el proceso de desmovilización paramilitar en Colombia", cit., p. 95.

<sup>610</sup> Cfr. ACNUDH, op. cit., pp. 19-20; CHINCHÓN ÁLVAREZ, "La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas...", cit., p. 28. En general, también, GUZMÁN DALBORA, "Título V...", cit., pp. 451-452. En cambio, VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 384-386, 475-476 y 494, parece aceptar la posibilidad de amnistías individuales siempre que se complementa con otras medidas de justicia transicional.

<sup>611</sup> Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas...", cit., pp. 28-29; GALELLA, op. cit., p. 91.

hecho no puede reputarse amnistiado porque conserva una unidad esencial en lo que se refiere al resultado antijurídico<sup>612</sup>. En otras palabras, el hecho queda afuera del ámbito temporal regulado por la amnistía.

En un estudio de Derecho comparado sobre la incorporación de la desaparición forzada a los ordenamientos internos, el GTDFI concluyó que las mejores prácticas de los Estados eran las que excluían la desaparición forzada de la aplicación de la amnistía, no sólo cuando el delito se comete en el contexto de un crimen de lesa humanidad, sino también cuando asume la forma de un delito individual<sup>613</sup>.

El HRC también ha demostrado su renuencia hacia las amnistías. Algunos ejemplos de casos sobre desapariciones forzadas en que se sostiene esta posición son *Laureano Atachahua vs. Perú*, *Benaziza vs. Algeria* y *Boucherf vs. Algeria*, todos ellos precedentes en que el Comité defendió la incompatibilidad de las amnistías con el PIDCP, por obstaculizar el deber de investigación y sanción<sup>614</sup>.

La jurisprudencia del TEDH sobre desapariciones no se ha enfrentado a la valoración de la amnistía. Como se sabe, la gran mayoría de los casos sobre desapariciones en el contexto del Consejo de Europa han sido planteados contra Rusia y Turquía, países en que no se ha decretado una amnistía. De todos modos, puede servir

---

<sup>612</sup> GUZMÁN DALBORA, “Título V...”, cit., p. 451.

<sup>613</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas. A/HRC/16/48/Add.3 (28 de diciembre de 2010), párrs. 49-51. La defensa de esta postura viene confirmada en otras fuentes. Cfr. CDH. *Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. E/CN.4/1998/43 (12 de enero de 1998), párr. 416; la misma, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. E/CN.4/2005/65 (23 de diciembre de 2004), párrs. 43 y 375; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. A/HRC/16/48, cit., párr. 573.

<sup>614</sup> Cfr. los siguientes casos del HRC: *Laureano Atachahua vs. Peru*, cit., párr. 10; *Benaziza vs. Algeria*, comunicación n° 1588/2007, 26 de julio de 2010, párrs. 3(4) y 9(2) 12; *Boucherf vs. Algeria*, cit., párr. 11. Cfr. el mismo, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto*. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Argelia. CCPR/C/DZA/CO/3 (12 de diciembre de 2007), párr. 7(c), que se refiere a la prohibición de cualquier “medida de extinción de la acción pública, indulto, conmutación o reducción de la pena”.

como antecedente el caso sobre tortura *Yaman vs. Turquía*, donde el Tribunal señaló *obiter dicta* que se trataba de un crimen no susceptible de ser amnistiado<sup>615</sup>.

Uno de los principales desafíos del sistema interamericano ha sido el de enfrentar los contextos de impunidad que imperaron durante décadas en los países de la región a causa de la proliferación de gobiernos autoritarios. Entre otros subterfugios, la amnistía fue una herramienta ampliamente utilizada por las cúpulas militares a fin de eximir de pena a los perpetradores. Eso explica la abundante jurisprudencia de la CorteIDH sobre la materia. El primer precedente es el caso sobre ejecuciones extrajudiciales *Barrios Altos vs. Perú*, en que la Corte argumentó que las amnistías carecían de efectos jurídicos, porque violaban una serie de disposiciones del Pacto de San José, específicamente, las que se refieren a la obligación de investigar, la obligación de adecuación del Derecho interno, el derecho a ser oído y a la protección judicial<sup>616</sup>. Además, en una sentencia interpretativa posterior, la Corte señaló que lo resuelto en la sentencia de fondo tenía efecto general, teniendo fuerza normativa para todos los casos de violaciones de derechos humanos en que se hubieran aplicado las leyes de amnistía<sup>617</sup>.

La tesis expuesta en el caso *Barrios Altos* fue reafirmada y desarrollada en un caso sobre desapariciones forzadas: *La Cantuta vs. Perú*. En esta ocasión, la controversia tuvo por objeto determinar si las leyes de amnistía peruanas eran capaces de seguir generando efectos jurídicos, dado que no habían sido derogadas, suprimidas o anuladas. Resumidamente, la Corte concluyó que a pesar de la vigencia formal de dichas leyes, un gran número de precedentes judiciales demostraban que no estaban siendo aplicadas en la práctica por los tribunales peruanos. Este hecho confirmaba que

---

<sup>615</sup> TEDH. *Yaman vs. Turkey*, application no. 32446/96, judgment, 2 de noviembre de 2004, párr. 55. Sobre este caso, vid. GIL GIL, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional...”, cit., p. 320.

<sup>616</sup> CorteIDH. *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n° 75, párrs. 41-44 y punto resolutivo 4.

<sup>617</sup> CorteIDH. *Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C n° 83, párrs. 8, 18 y punto resolutivo 2. Para la confirmación de esta posición en otras sentencias de la CorteIDH, cfr. *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, cit., párrs. 171-172, sentencia en que la Corte recuerda su postura, pese a que en este caso particular no se aplicó la amnistía del Estado salvadoreño; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 304; *Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n° 34, párr. 90 en relación con *Castillo Páez vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C n° 43, párrs. 105-107.

lo resuelto en *Barrios Altos* había sido implementado a nivel interno en la práctica judicial, a pesar de no haberse introducido modificaciones legislativas<sup>618</sup>.

Aunque se relacione con una ejecución extrajudicial, también es ilustrativa la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, porque presenta algunas diferencias con los casos anteriores. Ante la CorteIDH se acreditó que la amnistía había sido aplicada al caso y a otros numerosos procesos sobre las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura chilena. Este antecedente motivó la condena del Estado por no adecuar su ordenamiento jurídico y por violar las garantías procesales y la protección judicial<sup>619</sup>.

Una sentencia más reciente es la recaída en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, donde la CorteIDH cita una cantidad ingente de precedentes, instrumentos y jurisprudencia internacional para fundamentar –una vez más– su postura contraria a las amnistías. Los argumentos que inspiran los puntos resolutive de la sentencia son numerosos y declaran que la amnistía es incompatible con la obligación de garantía, el deber de investigación y sanción, el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, al conocimiento de la verdad y a la reparación adecuada, sin perjuicio de la contravención estatal del deber de adecuación del Derecho interno<sup>620</sup>.

Parece quedar demostrada la incompatibilidad de la amnistía con la desaparición forzada. Sin embargo, un caso de la CorteIDH ha generado cierta polémica, porque a diferencia de toda la jurisprudencia anterior, la amnistía había sido objeto de aprobación democrática. Se trata de un claro ejemplo de las tensiones que pueden generarse entre el

---

<sup>618</sup> CorteIDH, *La Cantuta vs. Perú*, cit., párrs. 165-189. Cfr. el voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE, párrs. 5-11, quien defendió la incompatibilidad de las autoamnistías con los deberes generales de respeto y garantía, con la obligación de adecuación al Derecho interno, con las garantías judiciales, con la protección judicial y con otras normas de carácter sustantivo como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura. Sobre la base de dichas incompatibilidades, el juez concluyó en el párr. 26: “Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas “leyes” de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad”. En el mismo orden de ideas, cfr. el voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párrs. 9-15, quien sin descartar de forma absoluta la licitud de todas las amnistías, criticó vehementemente las autoamnistías, considerándolas incompatibles con la CADH por promover la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos, entre las que incluyó a la desaparición forzada.

<sup>619</sup> CorteIDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., párrs. 105-129.

<sup>620</sup> CorteIDH, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 147-182.

juego democrático y la defensa de los derechos humanos, de modo que por su interés será analizado en seguida.

#### **3.6.1.4.1.2. El caso *Gelman vs. Uruguay*: la tensión entre el juego democrático y la sanción de las graves violaciones a los derechos humanos**

El caso *Gelman vs. Uruguay* planteó el asunto relativamente inédito de una amnistía que contaba con el respaldo democrático de la ciudadanía uruguaya<sup>621</sup>. Por lo tanto, para fundamentar adecuadamente el fallo, la Corte se vio obligada a asumir una posición en el debate que pone en tensión la democracia y la protección de los derechos humanos.

La amnistía uruguaya estaba regulada en la ley 15.848 de 1986, denominada “Ley de Caducidad”<sup>622</sup>. A diferencia de las clásicas autoamnistías, generalmente decretadas de manera autoritaria por la cúpula militar de turno, esta ley contaba con una cierta dosis legitimidad institucional y democrática. En efecto, fue aprobada por el Parlamento uruguayo conforme al procedimiento ordinario de creación legislativa, aunque en un contexto de alta tensión institucional originada en la negativa de algunos militares de comparecer ante la justicia por los crímenes de la dictadura<sup>623</sup>.

---

<sup>621</sup> CorteIDH. *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C n° 221. Para un comentario descriptivo del caso, vid. QUISPE REMÓN. “Los derechos humanos como límite a la voluntad popular: el caso Gelman”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 64, n° 1, 2012, pp. 243-247. Los hechos de la causa se refieren a la desaparición de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, ocurrida en 1976. Al momento de la privación de libertad, Iruretagoyena Casinelli estaba en avanzado estado de embarazo y, de hecho, dio a luz durante el cautiverio. Su hija, fue sustraída ilícitamente y entregada a un policía uruguayo y su esposa. Sólo recobró contacto con el abuelo paterno en el año 2000. Vid. párrs. 79-90 de la sentencia citada.

<sup>622</sup> Ley n° 15.848. *Funcionarios Militares y Policiales*. Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985. Publicada en el Diario Oficial el 28 de diciembre de 1986, n° 22.295.

<sup>623</sup> Para evitar una “*inminente crisis institucional*”, el Presidente de la época Julio María Sanguinetti, consiguió el consenso político en las cámaras parlamentarias para la aprobación de la amnistía, concretada sólo un día antes del vencimiento del plazo fijado para que los militares acusados comparecieran ante los tribunales. Vid. ComisiónIDH. *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Oriental del Uruguay*. Caso n° 12.607. Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena. 21 de enero de 2010, párrs. 79-85. Cfr. ERRANDONEA, Jorge. “Justicia transicional en Uruguay”, *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)*, vol. 47, enero-junio 2008, p. 19; LESSA, Francesca. “Barriers to Justice: The *Ley de Caducidad* and Impunity in Uruguay”, en LESSA, Francesca/PAYNE, Leigh A. (eds.). *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*. Comparative and International Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 126-127; MALLINDER, Louise. “Uruguay’s Evolving Experience of Amnesty and Civil



Sin embargo, hubo dos intentos de invalidar la amnistía a través de mecanismos democráticos: un referéndum en 1989<sup>624</sup> y un plebiscito en 2009<sup>625</sup>. En ambas ocasiones, la ciudadanía uruguaya optó por rechazar la invalidación<sup>626</sup>. Sin embargo, solo cinco días antes de estas elecciones, en una sentencia histórica recaída sobre el caso *Sabalsagaray*, la Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de las principales disposiciones de la “Ley de Caducidad”, aunque con efectos jurídicos exclusivamente ceñidos al caso concreto<sup>627</sup>.

Por lo tanto, una primera cuestión interesante estriba en valorar si una amnistía refrendada democráticamente infringe las disposiciones de la CADH. La CorteIDH confirmó la tendencia jurisprudencial que había venido defendiendo desde el caso *Barrios Altos* y agregó algo cuestión adicional a propósito del origen democrático de la amnistía, afirmando que “[l]a sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...]. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo

---

Society’s Response” [En línea], en Institute of Criminology and Criminal Justice-Queen’s University, *Beyond Legalism*. Amnesties, Transition and Conflict Transformation, Belfast, Working Paper n° 4, 2009. Disponible en <http://www.qub.ac.uk/schools/SchoolofLaw/Research/InstituteofCriminologyandCriminalJustice/Research/BeyondLegalism/filestore/Fileupload,152142,en.pdf>. [Consulta: 5 de agosto de 2014], pp. 41-50.

<sup>624</sup> Cfr. KRITZ, Neil J. “Uruguay”, en KRITZ, Neil J. (ed.), *Transitional Justice*. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. 3 vols. Washington D. C.: United States Institute for Peace Press, 1995, t. II (Country Studies), pp. 383-384; ERRANDONEA, op. cit., pp. 24-25; LESSA, op. cit., pp. 130-132; MALLINDER, op. cit., pp. 53-58.

<sup>625</sup> Cfr. ERRANDONEA, op. cit., pp. 30-31; LESSA, op. cit., pp. 138 y 146-148; MALLINDER, op. cit., pp. 68-70.

<sup>626</sup> CorteIDH, *Gelman vs. Uruguay*, cit., párrs. 144-150.

<sup>627</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA (Uruguay). *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela*. Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad, sentencia n° 365/2009, 19 de octubre de 2009. Esta tesis fue confirmada posteriormente en las sentencias *Organización de los derechos Humanos*. Denuncia Excepción de Inconstitucionalidad. Arts. 1°, 3°, 4° de la Ley n° 15.848. Ficha IUE 2-21986/2006, 29 de octubre de 2010 y *AA y otros*. Denuncia. Mandos civiles, militares, jefes de policía y demás involucrados. Excepción de inconstitucionalidad. Arts. 1, 3 Y 4 de la ley n° 15.848-Ficha IUE: 173-318/2006, sentencia no 2.337/2010, 15 de diciembre de 2010.

“susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”<sup>628</sup>.

Por ende, la Corte no atiende ni al origen normativo, ni al proceso de formación de la amnistía, sino sólo a su *ratio legis*, es decir, su efecto generador de impunidad y sus consecuentes incompatibilidades con la CADH. La valoración de esta cuestión no descansa en aspectos formales, como el origen de la ley que contempla la amnistía, sino en su aspecto material o sustantivo, en su carácter violatorio de derechos consagrados en el Pacto de San José<sup>629</sup>.

Las ideas de fondo esbozadas por la CorteIDH estaban en línea con lo sostenido anteriormente por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el caso *Sabalsagaray*, cuando se afirma que “*el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no*

---

<sup>628</sup> CorteIDH, *Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 239.

<sup>629</sup> Íd., párr. 229. En un temprano pronunciamiento de carácter general (no relativo a un Estado), la ComisiónIDH había afirmado la tesis opuesta, considerando que los Estados tenían discreción para decretar una amnistía como una medida de pacificación o reconciliación, siempre que la medida se aprobase mediante un mecanismo democrático: “*Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella –así como cualquier otro órgano internacional– puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia. Considera la Comisión, por lo tanto, que sólo los órganos democráticos apropiados –usualmente el Parlamento– tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones*”. Vid. ComisiónIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*. OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 de septiembre de 1986, cap. V. Sin embargo, en un informe sobre algunos casos particulares, sostuvo implícitamente que la eventual legitimidad democrática la Ley de Caducidad no influye en la valoración de su conformidad con el Derecho internacional. Vid. ComisiónIDH. *Informe n° 29/92*. Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375. Uruguay. 2 de octubre de 1992, párrs. 30-31. Para un comentario sobre este informe vid. GOLDMANN, Robert Kogod. “Uruguay: Amnesty Law in Violation of Human Rights Convention”, *The Review* (International Commission of Jurists), n° 49, 1992, pp. 37-45.

Por su parte, el HRC, tanto en las observaciones finales al informe de Uruguay, como en un caso particular, consideró que la Ley de Caducidad vulneraba las disposiciones del PIDCP. Cfr. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay*. CCPR/C/79/Add.90 (8 de abril de 1998), punto C; *Rodríguez vs. Uruguay*, comunicación n° 322/1988, 19 de julio de 1994, párr. 12.

Por otra parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos resolvió un caso similar en la decisión de inadmisibilidad *Laurence Dujardin and others vs. France*, application n° 16734/90, 2 de septiembre de 1991. El caso consideró que una amnistía aprobada por la Asamblea Nacional francesa y refrendada por un referéndum con vista a la concesión de la independencia de Nueva Caledonia, no era incompatible con el CEDH. Sin embargo, la decisión no se adentra en mayores valoraciones sobre el carácter democrático de la amnistía, sino que se fundamentó en la excepcionalidad de la medida, destinada a la resolución de los conflictos existentes entre las diversas comunidades del archipiélago. Sobre el caso, vid. GIL GIL, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional...”, cit., pp. 317-318.

*extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “ab origine” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella [...]. En la democracia constitucional o sustancial, esa esfera de lo no decidible -que implica determinar qué cosa es lícito decidir o no decidir- no es sino lo que en las Constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la decisión de la mayoría. Y el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales [...] y la sujeción de los poderes públicos a la ley”<sup>630</sup>.*

Se trata de una posición polémica, cuyos aristas no pueden ser desarrollados en profundidad en este lugar, sin perjuicio de plantear algunas reflexiones<sup>631</sup>. La sentencia obliga a reflexionar sobre la capacidad democrática de un pueblo para validar una amnistía que claramente se opone a las normas de la CADH. Se trata de un problema vinculado con un debate más general de que se han ocupado filósofos del Derecho y constitucionalistas y que se remite a la tensión entre democracia y derechos humanos. Entre los partidarios de la teoría de la democracia deliberativa, GARGARELLA ha formulado críticas muy duras contra la sentencia *Gelman*, de las que cabe destacar dos: la crítica de la “gradación democrática” y la del “problema del desacuerdo”.

La cuestión de la gradación democrática se refiere a la dosis de democracia de la que está revestida una amnistía. A diferencia del resto de las amnistías que proliferaron en las épocas dictatoriales o post-dictatoriales en Latinoamérica, la uruguaya cuenta con el respaldo de dos consultas populares, lo que hace pensar al autor que se trata de una

---

<sup>630</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY, *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela*, cit., considerando III.3.

<sup>631</sup> Un análisis más detallado sobre el problema puede consultarse en SFERRAZZA TAIBI, “¿Amnistías democráticas? El caso *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un caso práctico para una reflexión teórica”, en ALDA MEJÍAS, Sonia et al. (coords.). *La seguridad. Un Concepto amplio y Dinámico*. V Jornadas de Estudios de Seguridad. Madrid, 7, 8, y 9 de mayo de 2013. Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, 2013, pp. 93-124.

norma democráticamente legítima en un grado significativo<sup>632</sup>. Por su parte, el “*problema del desacuerdo*” conlleva sostener que la vida social está profundamente marcada por desacuerdos en la identificación de los derechos, de modo que la ciudadanía es la que debe decir cuáles de ellos priman sobre otros. Para el autor argentino, posiciones como las sostenidas por la CorteIDH en el caso *Gelman* pretenden sustraer a la regla mayoritaria la discusión sobre los derechos, porque se presume *a priori* e infundadamente que la regla de la mayoría conducirá a decisiones irracionales, a diferencia del veredicto de los jueces, que se presume esencialmente racional<sup>633</sup>.

Antes de contestar las críticas del profesor argentino, cabe tener presente que en este proceso el Estado uruguayo aceptó la responsabilidad allanándose, aunque utilizando un lenguaje bastante ambiguo. Si bien la Corte tiene la facultad de determinar si un Estado ha violado la CADH con independencia de la aceptación de la responsabilidad por parte del Estado, el allanamiento es un antecedente que puede haber condicionado la escasa argumentación que se utilizó para justificar la decisión<sup>634</sup>.

Sin duda, la CorteIDH debió haberse esforzado aún más en la profundización de problemas tan relevantes y complejos, que merecían un desarrollo más cualificado y meditado del que se le destinó en un puñado de párrafos de la sentencia. El argumento de la Corte de la *ratio legis* es válido ante los intentos de camuflar la amnistía como un acuerdo político o un camino obligado de una sociedad que se enfrenta a una transición. Sin embargo, frente a una doble confirmación democrática como la del caso uruguayo, era necesaria una reflexión más trabajada<sup>635</sup>.

Ahora bien, en cuanto al fondo, la Corte emitió una decisión correcta al confirmar su jurisprudencia sobre las amnistías y en determinar que nuestras

---

<sup>632</sup> GARGARELLA, Roberto. “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*” [En línea]. *Aquiescencia*. Un blog de derecho internacional en sus múltiples manifestaciones con alguna miscelánea, pp. 2-9. Disponible en <<http://aquiescencia.net/2012/09/29/seminario-sobre-el-caso-gelman-con-roberto-gargarella/>>. [Consulta: 7 de agosto de 2014]. Cfr. el mismo, “5 Comentarios sobre la Decisión de la Corte Interamericana en *Gelman*” [En línea]. *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*. Una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo. Roberto GARGARELLA (coord.). Disponible en <<http://seminariogargarella.blogspot.com.es/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html>> [Consulta: 7 de agosto de 2014].

<sup>633</sup> GARGARELLA, “Sin lugar para la soberanía popular...”, cit., pp. 9-13.

<sup>634</sup> Sobre la significación política de este reconocimiento de responsabilidad para el proceso transicional uruguayo, vid. FILIPPINI, Leonardo. “Reconocimiento y justicia penal en el caso *Gelman*”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 8, 2012, pp. 186-189.

<sup>635</sup> Íd., pp. 191-192.

imperfectas democracias no pueden sobrepasar la barrera de la prohibición de las más graves violaciones a los derechos humanos. La prohibición del genocidio, de la tortura, de las desapariciones forzadas, de la esclavitud, entre otras, además de ser normas jurídicas, son valores comunes a toda la humanidad, principios que no pueden ser objeto de refutación racional y que, por ende, no pueden ser susceptibles ni de vulneración ni de sumisión a la regla de mayoría.

Por lo general, la doctrina internacionalista considera que la valoración de la licitud internacional de la amnistía es una cuestión de Derecho material que opera con independencia de los respaldos democráticos<sup>636</sup>. También es verdad que algunos expertos sobre justicia transicional toman en cuenta la presencia de elementos de legitimidad democrática como un requisito para la licitud de ciertas amnistías, pero exigiendo la concurrencia de otras exigencias, por ejemplo: la presencia de una negociación real entre las partes en conflicto; una finalidad de pacificación o reconciliación; la imposibilidad de una renuncia absoluta a la justicia, esto es, una mínima exigencia de sanción a los más responsables, a los líderes del Estado u organización que incurrió en las violaciones; y la imposibilidad de que algunas graves violaciones sean susceptibles de ser amnistiadas<sup>637</sup>.

Además, ciertas categorías de amnistías son incompatibles con el derecho de las víctimas a la reparación y la verdad. Generalmente, las víctimas integran una minoría, de modo que el argumento de la legitimidad democrática pierde fuerza y asume peligrosamente el cariz de la justificación del abuso ejercido por la mayoría, aunque con un disfraz democrático. En el fondo, una democracia que no toma en cuenta la opinión de las minorías y que no protege sus intereses, no es una democracia legítima<sup>638</sup>.

---

<sup>636</sup> AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 141 y 286.

<sup>637</sup> Cfr., v. gr., CASSEL, Douglass. "Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to amnesties for Atrocities", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, issue 4, autumn 1996, pp. 228-229; CORCUERA CABEZUT, Santiago. "Las leyes de amnistía a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos", en CORCUERA CABEZUT, Santiago /GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio (comps.). *Justicia Penal Internacional*. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 2001, p. 117; SLYE, Ronald C. "The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, issue 1, Fall 2002, pp. 239-247, especialmente cuando se refiere a la que considera la única clase de amnistías internacionalmente lícitas, esto es, las amnistías con responsabilidad (*accountable amnesties*).

<sup>638</sup> Cfr. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 286-287; GOLDMANN, op. cit., pp. 44-45. Por ejemplo, en el estudio de la CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., p. 27, un 69% de las víctimas rechazaba la amnistía.

En mi opinión, aunque hubiera sido preferible una decisión más argumentada, todas estas razones justifican la posición de la CorteIDH. En los hechos, la sentencia impulsó la modificación de la Ley de Caducidad<sup>639</sup>, la Suprema Corte de Justicia uruguaya ha dictado una serie de sentencias en que se niega a aplicar el nuevo régimen prohibitivo de la amnistía<sup>640</sup>. Habrá que ver cómo se desenvolverá este conflicto de pareceres en un futuro próximo.

#### **3.6.1.4.2. La prescripción**

La prescripción es otra de las causas de extinción de la responsabilidad penal que suele entrar en conflicto con la obligación internacional de investigar y sancionar. En este apartado se hará referencia al concepto de prescripción, a su fundamentación tradicional en la doctrina penal y a su incompatibilidad con las exigencias internacionales en materia de graves violaciones de derechos humanos. A renglón seguido, se analizarán las pautas normativas establecidas en la CIPPDF para la regulación de la prescripción de la desaparición en el Derecho nacional.

---

<sup>639</sup> Ley n° 18.831. *Pretensión Punitiva del Estado*. Restablecimiento para los Delitos cometidos en aplicación del Terrorismo de Estado hasta el 10 de marzo de 1985, 27 de octubre de 2011.

<sup>640</sup> La Corte Suprema de Justicia ha emitido una reciente sentencia que declara la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de esta ley, fundándose en una aplicación retroactiva de la ley penal. Vid. AA. BB. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 18.831. IUE 2-109971/2011. Sentencia 20/2013, 22 de febrero de 2013. Esta posición ha sido confirmada en jurisprudencia posterior del mismo tribunal: AA. Cómplice de un delito de homicidio muy especialmente agravado. Excepción de Inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 18.831. IUE 87-289/1985, venidos a conocimiento de la Corporación en virtud de la excepción de inconstitucionalidad interpuesta por el Sr. AA, cuyo procesamiento y prisión fuera dispuesto en autos, sentencia n° 152/2013, 8 de marzo de 2013; AA. BB. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 18.831, IUE 2-28914/2009, sentencia n° 186/2013, 13 de marzo de 2013; AA.BB. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 18.831. IUE 1-154/2012, sentencia n° 187/2013, 13 de marzo de 2013; AA. Denunciante. Antecedentes ficha 2-21986/2006. Dcia.-Excepción de Inconstitucionalidad arts. 7, 9, 13.1, 13.2, 13.3, 19 y 20 de la Ley n° 18.026 y arts. 2 y 3 de la Ley n° 18.831. IUE: 2-53193/2010, sentencia 212/2013, 8 de abril de 2013; AA. Denuncia-Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 18.831. IUE 411-310/2011, sentencia n° 217/2013, 8 de abril de 2013.

### 3.6.1.4.2.1. Concepto y fundamento de la prescripción

Según GUZMÁN DALBORA, la prescripción es un “*instituto liberador de la responsabilidad penal que nace del delito, mediante el transcurso de un cierto tiempo que hace cesar el derecho del Estado a imponer la pena o a ejecutar la ya impuesta*”<sup>641</sup>.

Muchos han sido los argumentos esgrimidos por la doctrina penal para la justificación teórica de la prescripción. Las posiciones más coherentes parecen ser las que se basan en dos argumentos esenciales: la seguridad jurídica y la exigencia de humanidad. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la prescripción pretende eliminar una situación de incertidumbre jurídica que se genera debido al transcurso de un largo período de tiempo sin que se ejerza la acción penal o se aplique la pena. En cambio, desde la óptica de la exigencia de humanidad, el transcurso de un período de tiempo durante el cual el aparato punitivo se mantiene inactivo se torna incompatible con la dignidad humana, porque sujeta a una persona a la posibilidad de enfrentarse a una acción penal o a la aplicación de una pena<sup>642</sup>.

Sin embargo, ante supuestos de graves violaciones de derechos humanos la fundamentación con la que suele justificarse esta limitación de la pretensión punitiva del Estado cae por su propio peso. Crímenes atroces como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, no pueden prescribir en favor de la seguridad jurídica. Las sociedades golpeadas por estas fechorías no suelen olvidarlas con facilidad, sino que rememoran y reviven durante largos períodos de tiempo el dolor infligido, haciéndose más pesada la carga en los contextos en que impera un elevado grado de impunidad y están ausentes la verdad y la reparación. Se trata de delitos cuya comisión hace añicos la seguridad jurídica, no sólo la de un determinado país, sino de toda la comunidad internacional, porque los bienes jurídicos vulnerados son de la más alta jerarquía y porque el Estado, principal responsable de proporcionar esa seguridad,

---

<sup>641</sup> GUZMÁN DALBORA, op. cit., p. 460.

<sup>642</sup> Para una reseña esquemática de las teorías sobre el fundamento de la prescripción, cfr. GUZMÁN DALBORA, op. cit., pp. 460-ss.; el mismo, “Crímenes internacionales y Prescripción”, en AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/WOISCHNICK, Jan (eds). *Temas actuales de Derecho Penal Internacional*. Contribución de América Latina, Alemania y España. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 72-75; RIGHI, Esteban. “Los límites de la persecución penal y la tutela de derechos fundamentales”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 2, n° 3, 1996, pp. 192-ss.; YUSSEF SOTOMAYOR, Gonzalo. *La Prescripción Penal* (1987). 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 43-ss. y 59-ss.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La Prescripción Penal: Fundamento y Aplicación*. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal. Barcelona: Atelier, 2004, pp. 21 y ss.

es la entidad que perpetra los delitos en cuestión, haciendo ilusoria la misma idea de Derecho.

En no pocos casos, la prescripción ha sido utilizada como herramienta de impunidad, siendo especialmente introducida en el ordenamiento para tal efecto<sup>643</sup>. La cuestión asume un matiz altamente perverso, porque los contextos autoritarios son los más propicios para el transcurso de los plazos prescriptivos, dada la inercia de un poder judicial muchas veces adicto al régimen, la imposibilidad de que las víctimas accedan a la justicia y la puesta en marcha de procesos simulados en que la utilización de resquicios legales o la presencia de obstáculos fácticos imposibilita el desarrollo de una investigación eficaz y de un proceso con las debidas garantías.

Sobre la base de todo lo anterior, la prescripción no puede generar una situación de impunidad, sino que debe representar una garantía contra la misma, favoreciendo la comparecencia de los perpetradores ante la justicia en vez de obstaculizarla e impedirla. Esta conclusión también puede deducirse de lo dispuesto en los principales instrumentos de *soft law* sobre la lucha contra la impunidad, esto es, el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*<sup>644</sup> y los *Principios y Directrices sobre reparación*<sup>645</sup>. En ambos documentos se recomienda a los Estados regular la prescripción para que no afecte indebidamente la persecución de los responsables<sup>646</sup>. Esta misma posición ha sido

---

<sup>643</sup> Por ejemplo, la denominada “Ley de Punto Final” argentina no hacía otra cosa que establecer un brevísimo plazo de prescripción de las acciones penales por delitos cometidos durante la dictadura. Vid. Ley 23.492. *Dispónese [sic.] la extinción de acciones penales por presunta participación, en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049 y por aquellos vinculado a la instauración de formas violentas de acción política. Excepciones*, 23 de diciembre de 1986. Vid. CASSESE, “Le «sparizioni forzate» in Argentina: la barbarie e dopo”, en CASSESE, Antonio. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Bari: Laterza, 1988, pp. 175-ss.

<sup>644</sup> *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cit., principio 23 párrafo segundo: “no se aplicará a los delitos graves conforme el Derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles”.

<sup>645</sup> *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 6: “Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, 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”.

<sup>646</sup> Cfr. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cit., principio 22: “Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción”; *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 7: “Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del Derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas”.



defendida por el GTDFI en su *Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración* y en un informe de Derecho comparado sobre la desaparición<sup>647</sup>.

En definitiva y desde la óptica del fenómeno de la impunidad, la amnistía y la prescripción tienen muchas similitudes, teniendo sobrada razón AMBOS, cuando concluye que el Derecho internacional impone idénticas limitaciones a ambos institutos, agregando que respecto la desaparición forzada, la imprescriptibilidad se justifica por la alta reprochabilidad y el carácter permanente del delito<sup>648</sup>.

Tras estas primeras aclaraciones es necesario repasar de qué cómo ha sido regulado este instituto en la CIPPDF.

#### **3.6.1.4.2.2. La (im)prescriptibilidad de la desaparición forzada**

Durante los trabajos preparatorios de la CIPPDF se discutió sobre el carácter imprescriptible de la desaparición forzada. En general, había dos posiciones enfrentadas, una favorable y otra desfavorable a la imprescriptibilidad. Esta última fue la que prevaleció, ya que el artículo 8 reconoce la posibilidad de prescripción y fija algunas pautas para su regulación en el Derecho nacional<sup>649</sup>.

Sin embargo, el ámbito de aplicación de dicha disposición no puede abarcar los crímenes de lesa humanidad, una de cuyas consecuencias, justamente, es la imprescriptibilidad. Una interpretación sistemática del texto convencional obliga a esa conclusión, sin perjuicio de que se trata de un principio imperante en el Derecho internacional. En efecto, el artículo 5 de la CIPPDF sobre la desaparición forzada como

---

<sup>647</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración*, en CDH. *Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias*. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. E/CN.4/2001/68 (18 de diciembre de 2000), pp. 8-10, párr. 27; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas..., A/HRC/16/48/Add.3, cit., párrs. 55-56. En doctrina, sostiene lo mismo CHINCHÓN ÁLVAREZ, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012, pp. 111-112.

<sup>648</sup> AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 143-144. En contra, manteniendo una ferviente fidelidad a los principios de un Derecho penal liberal y escudándose en el argumento de seguridad jurídica y la exigencias de humanidad, GUZMÁN DALBORA, "Título V...", cit., p. 464; el mismo, "Crímenes internacionales y Prescripción", cit., pp. 77-78.

<sup>649</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 63; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, párr. 46; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 82; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párrs. 114 y 116.

crimen de lesa humanidad, aclara que deben proceder “*las consecuencias previstas por el Derecho internacional aplicable*”. En el Derecho internacional se entiende que ese tipo de crímenes se rigen por el principio de la imprescriptibilidad, según se infiere de los instrumentos internacionales pertinentes, siendo los más relevantes la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* y el ER<sup>650</sup>.

La conclusión evidente a la luz de lo expuesto es que la desaparición forzada no prescribe si constituye un crimen de lesa humanidad. Por lo demás, esa ha sido la tesis dominante a lo largo de los trabajos preparatorios de la CIPPDF<sup>651</sup> y la opinión unánime de la doctrina<sup>652</sup>. Sin perjuicio de la clarividencia de dicha conclusión, la consagración de una disposición expresa que lo explicitara hubiera sido la técnica codificadora más adecuada<sup>653</sup>.

La práctica internacional está en la misma línea. En el caso *Barrios Altos vs. Perú*, por ejemplo, la CorteIDH sostuvo *obiter dicta* que la prescripción es incompatible con la obligación de investigar y sancionar la desaparición forzada en cuanto grave

---

<sup>650</sup> Cfr. *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su res. 2391 (XXIII), 26 de noviembre de 1968, entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970, *UNTS*, vol. 754, p. 73, art. I(b); ER, cit., art. 29. Siempre en marco del Derecho penal internacional vid. el art. II(5) de la *Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado*, cit. También cabe citar la *Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, abierta para la firma el 25 de Julio de 1974 y entrada en vigencia el 27 de junio de 2003, en CONSEJO DE EUROPA, *European Treaty Series*, n° 82, especialmente, art. 1, aunque tiene una aplicación más limitada, relativa sólo al Genocidio y a las violaciones graves de los Convenios de Ginebra. Cfr. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cit., principio 23(2): “no se aplicará a los delitos graves conforme el Derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles”; *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 6: “Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, 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”.

<sup>651</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párrs. 43-44; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 49; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 115.

<sup>652</sup> Cfr. CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 530; CAPELLÀ I ROIG, op. cit., p. 276; CHINCHÓN ÁLVAREZ, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, cit., p. 112; OTT, op. cit., p. 216; PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 130; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 308; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 474; VILLÁN DURÁN. “Contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España”, en RIPOL CARULLA, Santiago/VILLÁN DURÁN, Carlos (dirs.). *Justicia de Transición: el caso de España*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2012, p. 20.

<sup>653</sup> Cfr. OTT, op. cit., pp. 216-217; TEITELBAUM, Alejandro. “La Nueva Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas” [En línea]. *América Latina en Movimiento*, 23 de diciembre de 2006. Disponible en <<http://alainet.org/active/15151&lang=es>>. [Consulta: 6 de mayo de 2014], s.p.

violación de los derechos humanos<sup>654</sup>. En la decisión sobre admisibilidad del caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, el TEDH expresó claramente que “la prescripción no se aplica a los crímenes de lesa humanidad con independencia de la fecha en la que fueron cometidos”<sup>655</sup>. El HRC ha aclarado que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles<sup>656</sup>. Por su parte, en su *Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración* y su informe de Derecho comparado, el GTDFI ha considerado que la imprescriptibilidad de la desaparición forzada es una garantía contra la impunidad, con lo cual constituye una buena práctica incorporar a los ordenamientos nacionales disposiciones que descarten la prescripción cuando la desaparición configura un crimen de lesa humanidad<sup>657</sup>. Finalmente, en el marco del Consejo de Europa, las resoluciones

---

<sup>654</sup> Para declarar que la prescripción es incompatible con la CADH, la CorteIDH no ha exigido la configuración de un crimen de lesa humanidad, bastándole la presencia de una violación grave como la desaparición forzada. Vid. CorteIDH, *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n° 75, párr. 41 y los votos concurrentes de los jueces CANÇADO TRINDADE, párrs. 3-4 y GARCÍA RAMÍREZ, párr. 13. Cfr. las siguientes sentencias del mismo tribunal: *Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C n° 83, párrs. 151-153; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, cit., párr. 106; *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C n° 171, párr. 111 y voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párrs. 25-31; *Albán Cornejo y Otros vs. Ecuador*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n° 183, párrs. 13-16; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, cit., párr. 294; *La Cantuta vs. Perú*, cit., párrs. 152, 225 y 226; *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 402; *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párr. 140; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 304.

Para algunas reflexiones doctrinales sobre la evolución de la imprescriptibilidad en la jurisprudencia de la CorteIDH, cfr. PARENTI, Pablo F. “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS, Kai/ MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 211-228, concluyendo que, tras algunos vaivenes, la CorteIDH ha asumido que la imprescriptibilidad es aplicable a graves violaciones a los derechos humanos; DONDE MATUTE, Javier. “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *id.*, pp. 263-293; GIL GIL, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional...”, cit., n.18 (pp. 316-317) y p. 337.

<sup>655</sup> TEDH, *Kolk and Kislyiy vs. Estonia*. Decision as to the admissibility of application no.23052/04 and 24018/04, 17 de enero de 2006, p. 10: “no statutory limitation applies to crimes against humanity, irrespective of the date on which they were committed”. El TEDH casi no ha enfrentado casos en que ha tenido que valorar la aplicación de la prescripción a crímenes de lesa humanidad, aunque ha sido muy flexible ante hipótesis de graves violaciones a los derechos humanos, concluyendo por la inaplicabilidad de la prescripción si se infringió el derecho a un recurso efectivo o si se imposibilitó el acceso a un remedio alternativo a la vía penal. Para un completo análisis sobre esta jurisprudencia, vid. SPIGA, Valentina. “Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione Europea dei Diritti dell’ uomo: el caso *Alikaj c. Italia*”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCIV, fasc. 4, 2011, pp. 1176-1196.

<sup>656</sup> AG. *Informe del Comité de Derechos Humanos*. A/64/40 (VOL. 1) (1 de octubre de 2009), párr. 87(9), refiriéndose al examen del quinto informe periódico presentado por España.

<sup>657</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración*, cit., párr. 27; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas..., A/HRC/16/48/Add.3, cit., párrs. 55-56.

828 (1984) y 1463 (2005) de la PACE establecen que la desaparición es un crimen no susceptible de prescripción<sup>658</sup>.

Ahora bien, como la CIPPDF acepta la prescripción, no hay otra alternativa que revisar de qué manera lo hace. Para tal efecto, se estudiarán algunos criterios que deben seguir los Estados para regular la prescripción de la desaparición en su Derecho interno.

### **3.6.1.4.2.3. Las reglas sobre el plazo prescriptivo**

Los criterios que fija la CIPPDF para la regulación interna de la prescripción se refieren a tres cuestiones relacionadas con la determinación del plazo prescriptivo: la extensión, el cómputo y la suspensión.

En cuanto a la extensión, el establecimiento de un criterio objetivo para determinarla fue un quebradero de cabeza para los redactores de la CIPPDF. En efecto, no se podía establecer un plazo fijo, porque difícilmente se hubiera podido compatibilizar con todos los ordenamientos internos de los Estados Partes. En definitiva, el artículo 8(1)(a) de la CIPPDF sujeta la determinación del plazo al principio de proporcionalidad, pero con la exigencia de que sea prolongado<sup>659</sup>. La gravedad del delito de desaparición, por ende, obliga a los Estados a fijar un plazo cuya duración sea similar a la de los delitos más graves de los tipificados en el ordenamiento interno<sup>660</sup>.

En lo que se refiere al cómputo, siendo la desaparición un delito permanente es muy relevante determinar el momento a partir del cual debe calcularse el plazo prescriptivo. De acuerdo con las reglas del Derecho penal, en los delitos permanentes el plazo prescriptivo comienza a correr desde la cesación del período consumativo<sup>661</sup>, de modo que el *quid* de la cuestión es identificar con exactitud en qué momento en que se

---

<sup>658</sup> Cfr. PACE, *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 58; la misma, res. 1463(2005), cit., párr. 10.3.3; la misma, res. 828/1984, cit., párr. 13(a)(i)(2).

<sup>659</sup> Solución similar a la del art. 17(3) de la DPPDF. Por su parte, el HRC, *Observación General n° 31*, cit., párr. 18, aconseja la eliminación de los plazos de prescripción que sean demasiado breves.

<sup>660</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 45; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 64-66; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 46. El art. VII de la CIDFP, a su vez, exige la adaptación de los plazos de prescripción tomando en consideración los plazos de los delitos más graves del ordenamiento. Vid., al respecto, BRODY/GONZÁLEZ, op. cit., pp. 388-390. En doctrina, cfr. CAPELLÀ I ROIG, op. cit., p. 276; PÉREZ SOLLA, op. cit., 130; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 475.

<sup>661</sup> GUZMÁN DALBORA, "Título V...", cit., pp. 470-471.

entiende consumada la desaparición. La CIPPDF no adoptó una solución clara, porque el artículo 8(1)(b) se refiere simplemente a la cesación, sin ulteriores especificaciones. El CED ha indicado que “*el plazo de prescripción comenzará a correr desde el momento en que el delito de desaparición forzada cese en todos sus elementos*”, una afirmación algo imprecisa que tampoco resuelve el problema<sup>662</sup>. Sin embargo, si se interpreta sistemáticamente el texto convencional es lícito concluir que la desaparición cesa una vez aclarada la suerte y el destino de la víctima. Esta posición fue la predominante durante los trabajos preparatorios de la Convención y además, cuenta con la plena aprobación del GTDFI y de la mayoría de la doctrina<sup>663</sup>.

Sin embargo, no lo ha entendido así el Tribunal Supremo español en la sentencia que absolvió al juez Baltasar Garzón del delito de prevaricación, delito que se le había imputado por intentar abrir una investigación sobre los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo. Contradiciendo las tendencias dominantes del Derecho internacional sobre el cómputo del plazo prescriptivo en materia de desaparición forzada, el Tribunal Supremo defendió una tesis inadecuada, obsoleta y conservadora, según la cual “*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 [...]. Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal*”<sup>664</sup>. CHINCHÓN ÁLVAREZ ha criticado con razón este aspecto de la

---

<sup>662</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 21.

<sup>663</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 44; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 66-67; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 46-47. En cuanto al GTDFI, vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Mejores prácticas..., A/HRC/16/48/Add.3, cit., párr. 56. En doctrina, cfr. ALJIA, Rosa Ana/CALVET, Elisenda. “La exigibilidad en España de los derechos de las víctimas de desapariciones forzadas por vía contencioso-administrativa como alternativa a la vía penal”, en ESCUDERO ALDAY, Rafael/PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (eds.), *Desapariciones Forzadas, Represión Política y Crímenes del Franquismo*. Madrid: Trotta, 2013, p. 102; STEVENS, op. cit., pp. 378-379.

<sup>664</sup> TRIBUNAL SUPREMO, sentencia 101/2012, 27 de febrero de 2012, p. 16. Todo parece indicar que esta sentencia del TRIBUNAL SUPREMO, junto al auto de 28 de marzo de 2012, sobre la cuestión de competencia planteada por los Juzgados de Instrucción nº 3 de Granada y nº 2 de San Lorenzo del Escorial que decidió habilitar a ambos juzgados continuar con la tramitación del proceso, suponen, al menos por el momento, el cierre definitivo de la vía penal como respuesta a los crímenes de la Guerra civil y del franquismo. En efecto, hasta la fecha de redacción de estas líneas, tras la dictación de estas resoluciones del Tribunal Supremo, los juzgados que mantenían diligencias abiertas han procedido a decretar el archivo y lo mismo ha ocurrido con unas pocas denuncias que han sido presentadas con posterioridad a las resoluciones del Tribunal Supremo. Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *El tratamiento judicial*

sentencia argumentando que la permanencia es un aspecto consustancial de la desaparición forzada que obliga a contabilizar el plazo de prescripción desde que se tenga noticia sobre la suerte y paradero de la persona desaparecida aun en el evento de que se presuma su muerte, porque sólo operando de esa manera se respeta el fundamento de la prescripción como garantía contra la impunidad<sup>665</sup>.

Finalmente, durante la negociación de la Convención Internacional también se discutió la posibilidad de que el plazo de prescripción se suspenda si las víctimas no pueden ejercer un recurso efectivo. La experiencia fáctica de las desapariciones forzada demuestra que el contexto ideal para su comisión es el de un régimen autoritario. Generalmente, este tipo de contextos incide negativamente en el funcionamiento de la administración de justicia y es muy usual que las víctimas no tengan acceso a un recurso o que éste no sea efectivo. En esas hipótesis no tendría sentido exigir que el plazo de prescripción transcurra de todos modos. También cabe tener en cuenta que las características de la desaparición dificultan la actividad investigativa y la sanción de los responsables, debido al ocultamiento y destrucción de los medios de prueba. Por ende, es razonable que el plazo prescriptivo se suspenda hasta que las víctimas recobren el acceso a un recurso eficaz. Esta es la mejor interpretación del artículo 8(2) de la CIPPDF, aunque hubiera sido preferible que se estableciera con claridad una regla en esos términos, tal como hace el artículo 17(2) de la DPPDF<sup>666</sup>.

---

*de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, cit., pp. 97-98 y 129-130; ESCUDERO ALDAY, Rafael. “Los desaparecidos en España: víctimas de la represión franquista, símbolo de la transición y síntoma de una democracia imperfecta”, en ESCUDERO ALDAY, Rafael/PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (eds.), *Desapariciones Forzadas, Represión Política y Crímenes del Franquismo*. Madrid: Trotta, 2013, pp. 87 y 91-92.

<sup>665</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, cit., pp. 109-112. Vale la pena también citar la crítica de SÁEZ, Ramón. “Los crímenes de la dictadura y la negación de acceso a la jurisdicción”, en ESCUDERO ALDAY, Rafael/PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (eds.), *Desapariciones Forzadas, Represión Política y Crímenes del Franquismo*. Madrid: Trotta, 2013, p. 89, para quien “*el Derecho y la justicia son ficciones, abstracciones, que funcionan en la medida en que sean aceptables*”, agregando que “*la ficción no se opone a la verdad, pues entidades reales y ficticias son construcciones del lenguaje imprescindibles para otorgar sentido al discurso*”.

<sup>666</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 46; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 66, 68 y 69; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 46 y 48. Comparten la interpretación CAPELLÀ I ROIG, op. cit., p. 276; OTT, op. cit., p. 218; PÉREZ SOLLA, op. cit., 130; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 309; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 83 y 475.

En general, ante la hipótesis de graves violaciones de derechos humanos, algunos penalistas que por diversas razones son renuentes a la aceptación de la imprescriptibilidad, proponen como alternativa la suspensión del plazo prescriptivo mientras no se recobre la normalidad democrática o hasta que la víctima no pueda ejercer la acción penal. El fundamento subyacente a su propuesta consiste en evitar la

### 3.6.1.4.3. El indulto

Los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas no se refieren a los indultos, a excepción de la DPPDF. De acuerdo con la definición general de CHINCHÓN ÁLVAREZ, “*el indulto ha de definirse como una facultad otorgada a poderes no judiciales para extinguir la pena o disminuirla (indulto total o parcial) por razones de oportunidad fundamentadas, estrictamente, en motivaciones político-criminales*”<sup>667</sup>. A su vez, GUZMÁN DALBORA, lo define como “*la gracia general o particular, oriunda de poderes distintos al judicial y otorgada a los condenados por sentencia irrevocable, que les remite todo o parte de la pena impuesta a raíz de delitos comunes, o se las conmuta por otra más benigna*”<sup>668</sup>.

Entre la amnistía y el indulto existen algunas importantes diferencias. Técnicamente, la amnistía extingue la responsabilidad penal, a diferencia del indulto, que sólo incide en la pena interrumpiendo su cumplimiento o reduciendo su duración<sup>669</sup>. Esta diferencia va de la mano con una segunda distinción, ya que la amnistía conlleva un mensaje de justificación de los delitos a los que se aplica, a diferencia del indulto, cuya fundamentación puede ser muy diversa según el caso<sup>670</sup>.

---

impunidad por la vía de prescripción cuando el acceso a la justicia está imposibilitado por razones fácticas o normativas. Cfr. GUZMÁN DALBORA, “Crímenes internacionales y Prescripción”, cit., pp. 78-81; HORVITZ LENNON, María Inés. “Amnistía y prescripción en causas sobre violación a los Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 2, 2006, pp. 223-225; MAÑALICH, Juan Pablo. “El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 5, 2004, pp. 28-33.

<sup>667</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos jurídicos iberoamericanos: impunidad fáctica, amnistías e indultos” en CAPELLÀ, Margalida/GINARD, David. *Represión Política, Justicia y Reparación*. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008). Palma de Mallorca: Documenta Balear, 2009, p. 313.

<sup>668</sup> GUZMÁN DALBORA, “Título V...”, cit., p. 15.

<sup>669</sup> Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica...”, cit., p. 313; GUZMÁN DALBORA, “Título V...”, cit., pp. 454-455; VALENCIA VILLA, Hernando. “La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional”, en *Justicia de Transición: el caso de España*, cit., p. 186.

<sup>670</sup> Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica...”, cit., p. 313; ORENLICHTER, Diane F. “Settling Accounts: The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Violation of a Prior Regime”, en KRITZ, Neil J. *Transitional Justice*. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes (1995). 2ª impresión. 3 vols. Washington: United States Institute of Peace Press, 2004, p. 410. Para los fundamentos del indulto, vid. GUZMÁN DALBORA, “Título V...”, cit., pp. 452-453: “*la pervivencia del indulto respondería en la actualidad a los siguientes fines: suavizar los rigores que resulten de la aplicación de leyes en extremo severas; rectificar yerros cometidos en la sentencia condenatoria; tomar en consideración circunstancias ignotas cuando se dictó*

Todo lo anterior, sirve de antesala para explicar que el indulto sólo puede ser concedido con posterioridad a la emisión de una sentencia condenatoria firme. La aplicación de un indulto en un momento anterior, por ejemplo, durante la tramitación del proceso o antes de su iniciación, equivale a una amnistía disfrazada<sup>671</sup>. Por ejemplo, la gran mayoría de los indultos decretados por el ex presidente de Argentina, Carlos Saúl Menem, beneficiaban a personas que estaban siendo procesadas. Aunque se empleó la terminología de indulto y se recurrió al procedimiento establecido para tal efecto, conceptualmente se trataba de amnistías<sup>672</sup>. Los tribunales nacionales argentinos, por todos, la Corte Suprema de Justicia, han declarado la inconstitucionalidad de esos indultos, entre otras razones, por vulnerar los deberes internacionales de investigación y sanción<sup>673</sup>.

Según la opinión generalizada de la doctrina los indultos son compatibles con el Derecho internacional, salvo que impidan el respeto del principio de proporcionalidad de la pena<sup>674</sup>. Para AMBOS, aunque el indulto puede representar una forma atenuada de impunidad, no obstaculiza la investigación, el juzgamiento, la búsqueda de la verdad o la imposición de la sanción<sup>675</sup>. CHINCHÓN ÁLVAREZ exige que la concesión de un indulto sea muy razonada, personalizada y a condición de que el beneficiado se arrepienta

---

*el fallo, como la buena conducta mantenida por el penado; atenuar la vigencia de la pena de muerte y hacer el experimento de su supresión fáctica antes de llegar a su abolición legal, y mantener vivo en la comunidad el sentimiento de misericordia”.*

<sup>671</sup> GUZMÁN DALBORA, “Título V...”, cit., pp. 454-455.

<sup>672</sup> Cfr. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 298; CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica...”, cit., pp. 314-316.

<sup>673</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad*, M. 2333, XLII y otros, 13 de julio de 2007, considerando 31. Para el detalle de los indultos argentinos, vid. MIGNONE, Emilio. “Los decretos de indulto en la República Argentina” [En línea]. *Equipo Nizkor*. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/indultos.html>>. [Consulta: 7 de mayo de 2014].

Cfr. ComisiónIDH. *Informe N° 28/92*. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Argentina, 2 de octubre de 1992, párr. 50 y recomendaciones n° 1 y 3. La publicación de este informe fue suspendida por aproximadamente un año contado desde los descargos del Estado, debido al fuerte rechazo del Estado argentino y al hecho de que Uruguay también había criticado la Comisión por otro informe sobre la Ley de Caducidad de ese país. Esta suerte de crisis institucional motivó la solicitud de una opinión consultiva a la Corte por parte de ambos Estados, en cuanto consideraban que la Comisión se había excedido en sus facultades al entrar a calificar la licitud internacional de la normativa interna. Para un comentario sobre esta crisis, vid. GONZÁLEZ MORALES. *Las transformaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos durante los procesos de democratización de los estados partes*. Director: Dr. Fernando Mariño Menéndez. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2012, pp. 58-59. La opinión consultiva puede consultarse en CorteIDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A n° 13.

<sup>674</sup> Cfr. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 298-299; ORENLICHTER, op. cit., pp. 410-412, agregando que no pueden otorgarse bajo presión por parte de los militares beneficiados.

<sup>675</sup> AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 297.



públicamente y colabore efectivamente con la justicia<sup>676</sup>. De todas formas, aunque la facultad de conceder el indulto es relativamente discrecional, por tratarse de un acto de gobierno o de poder, el poder político no está facultado para hacer de él un uso arbitrario o antojadizo<sup>677</sup>.

En materia de desaparición forzada, el artículo 18(2) de la DPPDF sujeta la concesión del indulto al respeto del principio de proporcionalidad<sup>678</sup>. El artículo III de la CIDFP y el artículo 7(1) de la CIPPDF también se refieren al mismo principio, pero a propósito de la cuantía de la pena en la tipificación penal interna. El principio en comento puede constituir un criterio equilibrado para valorar la procedencia de un indulto en relación a un delito de desaparición<sup>679</sup>. Sin embargo, el GTDFI ha advertido que las medidas legislativas de gracia no pueden vulnerar las obligaciones de investigación y sanción, el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y ha exigido que su procedencia esté vinculada a una finalidad de reconciliación y pacificación<sup>680</sup>.

La mayoría de los instrumentos internacionales que se han referido explícitamente al indulto no lo prohíben, sino que lo admiten con ciertas reservas. Por ejemplo, el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de la CDI admite circunstancias atenuantes en casos de cooperación del imputado<sup>681</sup>. A su vez, los Estatutos del TPIY, TPIR y SCSL autorizan la concesión del indulto delegando la decisión al Presidente del Tribunal, previa consulta con los magistrados, debiendo considerarse el interés de la justicia y los principios generales del Derecho<sup>682</sup>. Las *Reglas de Procedimiento y Prueba* del TPIY y TPIR concretan dichos criterios exigiendo que se tome en consideración la gravedad del delito cometido, el tratamiento de otros condenados que se encuentren en una situación similar, la posibilidad de rehabilitación del

---

<sup>676</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica...”, cit., pp. 317 y 322-323.

<sup>677</sup> GUZMÁN DALBORA, “Título V...”, cit., p. 454.

<sup>678</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica...”, cit., p. 318.

<sup>679</sup> El principio de proporcionalidad no es una rareza en el Derecho internacional de los derechos humanos o en el Derecho internacional humanitario, ya que ha sido consagrado en importantes textos convencionales, v. gr., en la *Convención contra la Tortura*, cit., art. 4(2); en la *Convención para la Prevención del delito de Genocidio*, cit., art. V; en la CIPST, cit., art. 6 y en los cuatro Convenios de Ginebra (arts. 49/50/129/146).

<sup>680</sup> GTDFI. *Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración*, cit., párrs. 5-8.

<sup>681</sup> CDI, *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, cit., art. 9, comentario n° 4 y comentarios del art. 15.

<sup>682</sup> Cfr. *Estatuto del TPIY*, cit., art. 28; *Estatuto del TPIR*, cit., art. 28; *Statute of the Special Court for Sierra Leone*, cit., art. 23.

beneficiario y su colaboración sustancial con el Fiscal<sup>683</sup>. A su vez, las *Reglas de Procedimiento y Prueba* de la SCSL exigen que los indultos procedan si el beneficiario ha cumplido con los dos tercios de la pena<sup>684</sup>. Por otra parte, el Acuerdo entre la ONU y el Real Gobierno de Camboya no prohíbe la aplicación del indulto y delega a las Cámaras Extraordinarias la resolución del asunto<sup>685</sup>. Un último ejemplo es el informe final de la Comisión de la Verdad de El Salvador, que recomendó la aplicación del indulto basándose en dos argumentos: el hecho de que la reconciliación se consideraba una finalidad esencial del proceso transicional salvadoreño y la incapacidad de la institucionalidad vigente para la persecución penal de todos los responsables<sup>686</sup>.

Habiéndose realizado una descripción sinóptica de las obligaciones internacionales sobre los aspectos penales de la desaparición, es necesario revisar qué reglas establece la CIPPDF para que los tribunales de los Estados sean competentes para el conocimiento de este delito y no se generen situaciones de impunidad. Las obligaciones internacionales sobre la jurisdicción integran lo que algunos denominan sistema de atribución de jurisdicción y su análisis será abordado de inmediato.

### 3.6.2. Obligación de establecimiento y ejercicio de la jurisdicción penal

La obligación de establecimiento y ejercicio de la jurisdicción reúne un conjunto de reglas o criterios que los Estados deben implementar en su Derecho interno a fin de que sus tribunales tengan competencia para el conocimiento de la desaparición<sup>687</sup>. A esta materia también se hace referencia con la expresión “sistemas de atribución de jurisdicción”<sup>688</sup>.

---

<sup>683</sup> Cfr. TPIY. *Rules of Procedure and Evidence*, adoptadas el 11 de febrero de 1994 (última enmienda: 19 noviembre de 2012), IT/32/Rev. 48, regla 125; TPIR. *Rules of Procedure and Evidence*, adoptadas el 29 de junio de 1995 (última enmienda: 1 octubre de 2009), regla 126.

<sup>684</sup> SCSL. *Rules of Procedure and Evidence*, adoptadas el 16 de enero de 2002 (última enmienda: 31 de mayo de 2012), regla 124.

<sup>685</sup> *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea*, Phnom Penh, 6 de junio de 2003, art. 11.

<sup>686</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR. *De la locura a la esperanza*. La guerra de 12 años en El Salvador. San Salvador/Nueva York: Naciones Unidas, 1992-1993, pp. 195-196.

<sup>687</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 220; NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 254.

<sup>688</sup> Los trabajos preparatorios de la CIPPDF demuestran que la regulación de esta materia se inspiró en las disposiciones análogas de la *Convención contra la Tortura*, cit, especialmente los arts. 5-7.

No es sencillo explicar en qué consisten las diferentes reglas que integran esta obligación, atendida su elevada complejidad técnica. En un intento de sistematización, en primer lugar se procederá a explicar algunos principios generales, específicamente, el principio de territorialidad, el principio de personalidad activa y el principio de personalidad pasiva. Luego, se abordará el principio *aut dedere aut iudicare* y, finalmente, se aclarará si la Convención consagra efectivamente el principio de jurisdicción universal. El acápite concluirá con una referencia al problema de los tribunales militares.

### **3.6.2.1. Los principios generales del sistema de atribución de jurisdicción**

La CIPPDF contiene tres principios sobre la atribución de jurisdicción: 1) el principio de territorialidad; 2) el principio de personalidad activa y 3) el principio de personalidad pasiva<sup>689</sup>.

De acuerdo con el principio de territorialidad, los tribunales de un Estado son competentes para el conocimiento de una desaparición si ésta se comete dentro de su territorio<sup>690</sup>. Por su parte, en virtud del principio de personalidad activa la competencia de los tribunales de un Estado surge si el presunto autor de la desaparición es nacional de ese Estado o reside en él<sup>691</sup>. Finalmente, conforme al principio de personalidad pasiva, se otorga jurisdicción a los tribunales de un Estado si las víctimas de un delito son sus nacionales. Según la Convención, sin embargo, este principio sólo es aplicable si el Estado lo “*considera apropiado*”. Ésta limitación se incorporó debido a las críticas planteadas contra este principio, atendido a su difícil aplicación práctica, dado que

---

Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párrs. 57-58; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 82, 89 y 91.

<sup>689</sup> Respectivamente regulados en los literales (a), (b) y (c) del art 9(1) de la CIPPDF.

<sup>690</sup> NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 308-309. El concepto de territorio incluye el territorio formal y aquél sobre el cual se ejercer un control efectivo. La disposición citada se refiere también al principio de pabellón o de bandera, que otorga a los tribunales de un Estado la competencia sobre los delitos cometidos a bordo de una nave o aeronave registradas o matriculadas en ese mismo Estado.

<sup>691</sup> Cfr. ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en ALDECOA LUZARRAGA, Francisco (dir.), *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2000*. Madrid: Tecnos/Bilbao: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2001, pp. 180-182; NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 310-311.

puede solaparse con los principios anteriores generando conflictos jurisdiccionales<sup>692</sup>. Sin embargo, dado que el concepto de víctima de la desaparición forzada es muy amplio, la aplicación de este principio puede generar un efecto extensivo en la competencia de los tribunales<sup>693</sup>.

En definitiva, cada uno de estos tres principios se fundamenta en la existencia de un punto de conexión entre el Estado y el hecho delictivo, conexión que a su vez justifica la extensión extraterritorial de la competencia de sus tribunales<sup>694</sup>. Sin embargo, puede ocurrir que el Estado del foro, es decir, aquél en que esté presente el presunto autor de una desaparición forzada, no detente ninguna de estas conexiones<sup>695</sup>. Para evitar un resultado de impunidad en esos supuestos, la CIPPDF contempla en su artículo 11 el principio *aut dedere aut iudicare*.

### 3.6.2.2. El principio *aut dedere aut iudicare*

El principio *aut dedere aut iudicare* obliga al Estado del foro a juzgar al acusado o, en su defecto, a extraditarlo al Estado que así lo solicite<sup>696</sup>. El fundamento de este principio estriba en evitar la impunidad y su aplicación se activa con la mera presencia del acusado en el territorio de un Estado<sup>697</sup>.

La posibilidad de elección entre la extradición o el juzgamiento surge si otro Estado requiere la extradición. De lo contrario, el Estado del foro debe juzgar al presunto autor<sup>698</sup>. En cambio, si algún Estado realiza un requerimiento de extradición, debe analizarse, caso a caso, si el Estado del foro tiene la facultad de elegir entre el

---

<sup>692</sup> Cfr. ORIHUELA CALATAYUD, op. cit., pp. 182-183; NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 254-255 y 311-313; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 80.

<sup>693</sup> NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 313.

<sup>694</sup> ORIHUELA CALATAYUD, op. cit., n. 53. Para ANDERSON, op. cit., p. 275, estos criterios pretenden recalcar que el responsable principal de sancionar a los perpetradores es el Estado en que ha ocurrido la desaparición. En sentido similar, cfr. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 364 y CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 59.

<sup>695</sup> El Estado en cuyo territorio esté presente un presunto perpetrador podría detentar alguno de los puntos de conexión explicados. Vid. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 345. Sin embargo, el ámbito de aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* se refiere a las hipótesis en que no existe ninguna conexión entre el hecho y el Estado.

<sup>696</sup> Cfr. DIPPDF, cit., art. 14 y CIDFP, cit., art. VI. A diferencia de estas últimas disposiciones, la CIPPDF incluye la posibilidad de que los Estados puedan poner al imputado a disposición de un tribunal internacional.

<sup>697</sup> NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 345 y 351.

<sup>698</sup> Íd., pp. 255-256.

juzgamiento del acusado o la extradición, teniendo presente lo que dispongan eventuales acuerdos de extradición de los que sean parte los Estados involucrados<sup>699</sup>.

El artículo 10 de la CIPPDF establece algunas obligaciones internacionales que debe cumplir el Estado del foro. Muy resumidamente, se requiere la adopción de las medidas necesarias para asegurar la detención y custodia del imputado, iniciar una investigación preliminar y notificar a todos los Estados que tengan algún interés, porque la desaparición se cometió en su territorio o por uno de sus nacionales o en contra de éstos<sup>700</sup>. Aunque el sentido común obliga a la adopción de estas medidas, la Convención prefirió recordar a los Estados su vital importancia para la investigación y sanción de un crimen tan grave como la desaparición forzada<sup>701</sup>.

En el evento de que el Estado proceda al juzgamiento del acusado, el proceso debe desarrollarse con todas las garantías pertinentes<sup>702</sup>. En el evento de que no se logre acreditar la responsabilidad del acusado, deberá procederse a su absolución y a su inmediata puesta en libertad<sup>703</sup>.

Por otra parte, si el Estado del foro opta por la extradición, la CIPPDF establece una serie de criterios que tienen por objeto flexibilizar y facilitar su concreción y que serán revisados en el próximo epígrafe.

### **3.6.2.3. La extradición y el principio de no devolución**

---

<sup>699</sup> Íd., pp. 317-318, 345-346 y 360, especificando que los Estados no tienen la obligación internacional de solicitar la extradición.

<sup>700</sup> Íd., pp. 320-321, agregando que la notificación tiene el doble propósito de proteger los derechos del acusado y facilitar la extradición (pp. 329, 337 y 341), mientras que la finalidad de la investigación preliminar es reunir los antecedentes suficientes para decidir entre el juzgamiento y la extradición (pp. 340-341).

<sup>701</sup> Cfr. OTT, op. cit., pp. 225-226; NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 329.

<sup>702</sup> Vid. art. 11(2) y 11(3) de la CIPPDF. El debate durante los trabajos preparatorios sobre esta disposición puede consultarse en CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 54-55; el mismo, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 119. La DPPDF, cit., contiene una disposición similar en su art. 14, aunque menos detallada. Ente las garantías del acusado, el artículo 10(3) de la CIPPDF se refiere al derecho de un detenido extranjero a comunicarse con el representante del Estado de su nacionalidad, derecho idéntico al consagrado en el art. 36(1)(c) de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, 24 de abril de 1963, entrada en vigor el 19 de marzo de 1967, *UNTS*, vol. 596, p. 261.

<sup>703</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 226; NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 321, 342-343 y 361-363.

Las reglas básicas que la CIPPDF establece para la eficacia de la extradición son las siguientes<sup>704</sup>:

1. La desaparición no puede ser considerada un delito político, esto es, delitos que suelen excluirse del ámbito de aplicación de los tratados de extradición<sup>705</sup>.
2. Para evitar que los Estados partes procedan a modificar sus respectivos tratados de extradición, la Convención considera la desaparición forzada como un ilícito “*comprendido de pleno Derecho entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes*”<sup>706</sup>.
3. La Convención obliga a los Estados Partes a incorporar la desaparición forzada como un delito que da lugar a la extradición en los tratados internacionales futuros que celebren entre sí<sup>707</sup>. Esta obligación, al igual que la señalada en el punto anterior, sólo rige para los Estados Partes de la CIPPDF<sup>708</sup>.
4. Para los Estados cuyo ordenamiento interno subordina la procedencia de la extradición a la existencia de un tratado, se dispone que la misma CIPPDF sirve de base jurídica para la extradición entre Estados que no han celebrado tratado de extradición<sup>709</sup>.

---

<sup>704</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 61. Vid. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 369 y 377.

<sup>705</sup> Vid. artículo 13(1) de la CIPPDF. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 62.

<sup>706</sup> Vid. art. 13(2) de la CIPPDF.

<sup>707</sup> Vid. art. 13(3) de la CIPPDF. Ha insistido sobre este punto el CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 25.

<sup>708</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 239; NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 379-380, agregando que se trata de una obligación de resultado, a menos que el tratado sea multilateral y participen en su celebración Estados no parte, en cuyo caso los Estados Parte sólo tienen la obligación de medio consistente en intentar convencer a los Estados no parte para que incorporen la desaparición como delito extraditable. En todo caso, el problema se irá reduciendo en la medida en que los Estados vayan ratificando la CIPPDF.

<sup>709</sup> Vid. art. 13(4) de la CIPPDF. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 64. El supuesto de hecho, como bien explican NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 380 es el que sigue: el ordenamiento interno de un Estado Parte “X” exige la existencia de un tratado para que se proceda a la extradición. Otro Estado Parte “Y”, que no ha celebrado tratado de extradición con el Estado “X”, solicita la extradición de un presunto autor. Pese a la ausencia de un tratado específico sobre extradición, la CIPPDF sirve de base jurídica.

5. Por el contrario, si el Derecho interno de un Estado no subordina la extradición a la existencia de un tratado, la Convención obliga a reconocer la desaparición como un delito que da lugar a la extradición. Esta obligación debe cumplirse al menos en relación con el resto de los Estados Partes y para tal efecto deberán implementarse las modificaciones respectivas en el ordenamiento interno<sup>710</sup>.
6. El artículo 13(6) establece que “[l]a extradición estará subordinada, en todos los casos, a las condiciones previstas por el Derecho del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicables”. Este párrafo es lamentable, porque puede ser malinterpretado para desactivar el resto de las salvaguardas<sup>711</sup>.
7. Finalmente, el artículo 13(7) establece el principio de no discriminación en relación con la concesión de la extradición<sup>712</sup>.

Ahora bien, una importante limitación a la extradición es el principio de no devolución, que prohíbe la “*expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada*”<sup>713</sup>. La redacción definitiva de esta norma es muy similar al artículo 3 de la *Convención contra la Tortura*, pero con una importante diferencia que consiste en la adición del término “entrega”, que según NOWAK permite ampliar la aplicación del principio a cualquier forma de salida

---

<sup>710</sup> Vid. art. 13(5) de la CIPPDF. Cfr. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 381.

<sup>711</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 67. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 381, afirman resignadamente que la cuestión de la extradición es un asunto de soberanía estatal y es ésta la razón que justifica disposiciones como el art. 13(6) CIPPDF. Sin embargo, se trata de una afirmación que no puede ser compartida si se asume una visión del Derecho internacional más antropocéntrica y volcada hacia la protección de los derechos humanos, que obliga a la flexibilización del ejercicio de la soberanía.

<sup>712</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 112; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 68, dando cuenta del debate sobre la identificación de las causas de discriminación, para las cuales se propuso tanto un *numerus clausus* como un *numerus apertus*. En definitiva, la redacción de la norma parece contemplar una lista cerrada, aunque los motivos son conceptualmente amplios.

<sup>713</sup> Vid. art. 16 de la CIPPDF. La DPPDF también contempla el principio en su art. 8, a diferencia de la CIDFP que no contiene ninguna referencia al respecto.

obligatoria ilegal desde el territorio de un Estado<sup>714</sup>. Según el CED, este principio debe ser incorporado expresamente en las legislaciones internas de los Estados<sup>715</sup>.

Durante los trabajos preparatorios se discutió la posibilidad de ampliar la aplicación del principio de no devolución a supuestos en que existe un riesgo de violaciones de derechos humanos y de Derecho internacional humanitario distintas a la desaparición<sup>716</sup>. Aunque el artículo 16(1) de la CIPPDF se ciñe exclusivamente al riesgo de desaparición forzada, el segundo párrafo de la norma es bastante amplio cuando regula los criterios de valoración de ese riesgo, permitiendo considerar otras violaciones que podrían justificar la aplicación del principio<sup>717</sup>.

#### **3.6.2.4. La jurisdicción universal**

Habiendo explicado la arquitectura normativa del sistema de atribución de jurisdicción, cabe preguntarse si la CIPPDF contempla la obligación internacional de incorporar al Derecho nacional el principio de la jurisdicción universal.

De acuerdo con la definición de OLLÉ SESSÉ, la jurisdicción universal es un principio “*derivado del [Derecho internacional], que posibilita a los tribunales internos ejercer, en representación de la comunidad internacional, la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de determinados crímenes internacionales cometidos en cualquier lugar, con independencia de la nacionalidad de víctimas y victimarios, mediante la aplicación del [Derecho penal] interno y/o [Derecho penal internacional]*”<sup>718</sup>.

---

<sup>714</sup> NOWAK, “Extraordinary Renditions, Diplomatic Assurances and the Principle of Non-Refoulement”, en KÄLIN, Walter/KOLB, Robert/SPENLÉ, Christoph A./VOYAME, Maurice D. (eds.) *International Law, Conflict and Development. The Emergence of a Holistic Approach in International Affairs*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2010, p. 113.

<sup>715</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párrs. 26-27. Respecto del ordenamiento francés, el CED mostró su preocupación por la inexistencia de un recurso suspensivo contra la denegación de asilo en ciertos procedimientos, porque podría vulnerar indirectamente del principio de no devolución.

<sup>716</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 131 y 133; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 71.

<sup>717</sup> Cfr. OTT, op. cit., pp. 247-248; MCCRORY, op. cit., pp. 554-555; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 305. La *Convención contra la Tortura*, a diferencia de la CIPPDF, no contempla las violaciones del Derecho internacional humanitario como un motivo de aplicación del principio de no devolución.

<sup>718</sup> OLLÉ SESSÉ, Manuel. *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*. Madrid: La Ley, 2008, p. 145.



La protección de la comunidad internacional y la lucha contra la impunidad fundamentan el principio de justicia universal para graves violaciones de derechos humanos. Según GÓMEZ ISA, “*este principio plantea que ciertas violaciones a los derechos humanos son tan graves que repugnan la conciencia de la humanidad*” con lo cual pueden ser perseguidos por cualquier Estado con independencia del lugar de su comisión<sup>719</sup>. Si un Estado actúa a nombre de la comunidad internacional para proteger bienes jurídicos considerados esenciales para la misma, no puede producirse una afectación del principio de no intervención en los asuntos internos de un Estado, ni de la igualdad entre Estados soberanos<sup>720</sup>.

La definición citada describe una concepción pura o absoluta de la jurisdicción universal, porque no la sujeta a ninguna clase de limitación<sup>721</sup>. Sin embargo, en el Derecho internacional la consagración convencional de una jurisdicción universal ilimitada no es lo usual, ya que se la suele constreñir con diversas cortapisas<sup>722</sup>. La CIPPDF no es una excepción a este estado de cosas. En efecto, un Estado Parte no podría ejercer jurisdicción si el imputado no está presente en su territorio<sup>723</sup>. En otras palabras, no puede ejercerse la jurisdicción *in absentia*, con lo cual la Convención no contempla la jurisdicción universal en sentido puro.

---

<sup>719</sup> GÓMEZ ISA, “El fenómeno de la impunidad...”, cit., p. 173. Cfr. OLLÉ SESSÉ, op. cit., p. 257; ORIHUELA CALATAYUD, op. cit., pp. 193-195; y en relación con la desaparición forzada, OTT, op. cit., p. 222.

<sup>720</sup> BOLLO AROCENA, María Dolores. “Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia”, *Revista Española de Derecho internacional*, vol. VI, n° 1, 2004, pp. 106-107.

<sup>721</sup> FERRER LLORET, Jaume. “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 315, encontrando redundante hablar de “jurisdicción universal *in absentia*” y prefiriendo la denominación de “jurisdicción universal territorial” cuando lo que se exige es la presencia del acusado en el territorio de un Estado.

<sup>722</sup> Sobre los modelos utilizados en los tratados internacionales para la regulación de la jurisdicción universal, cfr. BOLLO AROCENA, op. cit., pp. 100-101; ORIHUELA CALATAYUD, op. cit., pp. 196-201.

<sup>723</sup> Cfr. GALELLA, op. cit., pp. 92-93; OTT, op. cit., pp. 222-223; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 301; STEVENS, op. cit., p. 379; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 80; NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 318-319. En general, critica la limitación de la presencia territorial del acusado, BOLLO AROCENA, op. cit., p. 106: “¿qué diferencia hay entre el hecho de que un tercer Estado [...] actúe sobre la base del principio de justicia universal contando con la presencia del presunto criminal en su territorio o que inicie la acción en ausencia del mismo, con la pretensión de que quien lo tenga en su poder proceda a extraditarlo? A nuestro juicio, ningún cambio sustancial se produce, pues lo que realmente legitima a los tribunales de un Estado a iniciar la acción contra el presunto autor de un crimen internacional es la especial gravedad de la conducta en cuestión, el atentado que tal comportamiento supone a valores especialmente protegidos por la comunidad internacional”.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 9(3) de la CIPPDF contiene una cláusula de salvaguarda en cuya virtud los Estados pueden establecer un sistema de jurisdicción más amplio del mínimo requerido en la misma Convención, de modo que no existe ningún impedimento para que los Estados contemplen en su ordenamiento interno un régimen de jurisdicción universal menos restrictivo<sup>724</sup>. Sin embargo, es una facultad discrecional y no una imposición obligacional de la Convención. El mínimo obligacional requerido por el texto convencional se circunscribe a los principios generales de territorialidad, personalidad activa y *aut dedere aut iudicare*.

Todo lo anterior permite concluir que la CIPPDF asume un modelo de cuasi jurisdicción universal, también denominado jurisdicción universal condicional, implícita o subsidiaria, obligando a los Estados al ejercicio de la jurisdicción ante la presencia de un presunto autor en su territorio<sup>725</sup>.

Un último aspecto vinculado con la jurisdicción dice relación con los tribunales militares, cuestión de la que se hará cargo la siguiente sección.

### 3.6.2.5. Los tribunales militares

La CIPPDF puede ser criticada por no haber prohibido que los tribunales militares sean competentes para el conocimiento de desapariciones forzadas. Durante los trabajos preparatorios se enfrentaron dos posiciones. La primera consideraba que los

---

<sup>724</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 223; NOWAK/MCARTHUR, op. cit., 327.

<sup>725</sup> Cfr. CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 533; CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas...”, cit., pp. 35-36; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 80. En contra, erróneamente, ANDERSON, op. cit., p. 275 y LINGHAMMAR, op. cit., p. 21, sosteniendo que la CIPPDF obliga a la incorporación interna de la jurisdicción universal. Muy crítico, NOWAK, al señalar que una de las grandes lagunas de la CIPPDF es no haber regulado en sentido absoluto la jurisdicción universal. Vid. ACNUDH. *Oral Presentation of the Report submitted by Mr. Manfred Nowak...*, s.p.; CDH, *Los derechos civiles y políticos...* Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 82.

En general, sobre este modelo convencional de jurisdicción universal, vid. BOLLO AROCENA, op. cit., p. 100 y 102; JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. “Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho Internacional?”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 18, 2002, pp. 87-88; ORIHUELA CALATAYUD, op. cit., pp. 200-201, con una extensa referencia de los tratados internacionales que utilizan el mismo modelo de la CIPPDF.

Para el debate en los trabajos preparatorios cfr. CDH. *Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias. Informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias*. Anexo III. Comentarios al proyecto de convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. E/CN.4/2001/68 (18 de diciembre de 2000), p. 34; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párrs. 59; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 86.

tribunales militares desempeñaban un papel útil en situaciones especiales y que no había dificultad para que ejercieran su competencia, siempre que cumplieran los requisitos de independencia e imparcialidad y se sujetaren a los límites del debido proceso. Por el contrario, otras delegaciones argumentaban que este tipo de tribunales habían sido utilizados para promover la impunidad y que no cumplían con los requerimientos de independencia e imparcialidad. La redacción final de la CIPPDF no contempla una prohibición explícita de los tribunales militares<sup>726</sup>. Sin embargo, el resto de los instrumentos internacionales sobre desapariciones proscriben explícitamente la competencia de estos tribunales<sup>727</sup>.

El hecho de que no se haya incluido una prohibición de los tribunales militares es muy lamentable y constituye un retroceso en el desarrollo progresivo de la protección internacional contra las desapariciones forzadas<sup>728</sup>. A pesar de lo anterior, es posible interpretar que el artículo 11 de la CIPPDF proscribe todo tipo de jurisdicción especial, porque al exigir que el proceso por el que se juzgue al acusado por un crimen de

---

<sup>726</sup> En efecto, la discusión sobre la proscripción de los tribunales militares se generó respecto de la disposición que contemplaba el principio *aut dedere aut iudicare*. Sin embargo, respecto de ese principio ya se había alcanzado un acuerdo, de modo que el Presidente del Grupo de Trabajo guió la discusión para impedir la introducción de modificaciones que hicieran peligrar el consenso alcanzado. Sin embargo, esta estrategia contribuyó a la exclusión de una disposición sobre los tribunales militares. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...* Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 82; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 47; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 91-93; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 57-58, dejando constancia de la presión ejercida por el Presidente del Grupo KESSEDIAN para que no se discutiera sobre el compromiso alcanzado. De hecho, no se discutió sobre el asunto en el período de sesiones siguiente. Vid. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 120 y las declaraciones de la delegación italiana en el Anexo II, manifestando su descontento con la falta de regulación expresa.

<sup>727</sup> Cfr. DPPDF, cit., art. 16(2); CIDFP, cit., art. IX. En el Derecho internacional de los derechos humanos las fuentes se inclinan hacia la exclusión o limitación de la jurisdicción militar, cuestión tratada con explicitud en los siguientes instrumentos de *soft law*: *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cit., principio 29, que restringe la jurisdicción militar a las infracciones de carácter militar y cometidas por militares, sujetándola a las reglas del debido proceso; *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 23(b), que contempla como garantía de no repetición la sujeción de los procedimientos militares a las reglas del debido proceso y a los principios de imparcialidad e independencia. En general, sobre un ejercicio adecuado de la jurisdicción militar vid. *Principios de la administración de justicia por los tribunales militares*, en CDH. SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Administración de justicia, Estado de Derecho y democracia*. Cuestión de la administración de justicia mediante tribunales militares. Informe presentado por Emmanuel DECAUX. E/CN.4/Sub.2/2004/7 (14 de junio de 2004), especialmente el principio 3, que exige la supresión de la competencia de los tribunales militares en favor de las jurisdicciones ordinarias para juzgar a los autores de violaciones graves de los derechos humanos.

<sup>728</sup> En la doctrina, la crítica es unánime: CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 534; CHINCHÓN ÁLVAREZ, "La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas...", cit., pp. 38-39; OTT, op. cit., pp. 231-232; TEITELBAUM, op. cit., s. p.; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 384, para quien las personas absueltas por un tribunal militar deberían ser juzgadas de nuevo.

desaparición se desarrolle con las garantías del debido proceso y ante un órgano independiente e imparcial, no puede estar refiriéndose a tribunales especiales, particularmente, los militares, en cuanto éstos no cumplen dichas exigencias<sup>729</sup>.

Los tribunales militares suelen ser utilizados como instrumentos de impunidad, porque carecen de independencia e imparcialidad, tienen un marco de competencia amplio que les permite juzgar a militares que incurren en infracciones de carácter civil, no se sujetan a las reglas del debido proceso y suelen estar integrados por militares en servicio activo que en la práctica están sometidos a la cadena de mando y al principio de jerarquía militar, lo que facilita el ejercicio de presiones e influencias indebidas<sup>730</sup>.

Pues bien, como se ha analizado, la CIPPDF establece los principales criterios que deben implementar los Estados para el ejercicio eficaz de la jurisdicción. Sin embargo, se ha expuesto que muchos de estos criterios han sido restringidos indebidamente o no han sido regulados adecuadamente. Habrá que estar atentos en la valoración de su aplicación práctica e intentar buscar la solución más razonada. Sólo queda por revisar un último grupo de obligaciones vinculadas con la sanción, esto es, aquellas que se refieren a la cooperación internacional.

### **3.6.3. La cooperación internacional**

La cooperación internacional es una herramienta de esencial importancia para una persecución eficaz de las violaciones a los derechos humanos y, por tanto, para la lucha contra la impunidad. En palabras de MARIÑO MENÉNDEZ, “*el logro de la exhaustividad de la justicia penal frente a los (presuntos) responsables de los indicados crímenes, en el Conjunto de la Comunidad Internacional, exige la positivación plena de una obligación de cooperar para erradicar la impunidad*”<sup>731</sup>.

---

<sup>729</sup> Cfr. OTT, op. cit., pp. 231-232; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 320; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 477 y 493.

<sup>730</sup> ANDREU-GUZMÁN. *El fuero militar y el Derecho internacional*. Los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos. Bogotá: Comisión Internacional de Juristas/Comisión Colombiana de Juristas, 2003, pp. 8-10.

<sup>731</sup> MARIÑO MENÉNDEZ. “Modelos actuales de cooperación entre la justicia internacional y la justicia penal interna para impedir la impunidad de grandes criminales internacionales”, en CARDONA LLORENS, Jorge/PUEYO LOSA, Jorge Antonio/RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis/SOBRINO HEREDIA, José Manuel (eds.) y AZNAR GÓMEZ, Mariano J. (coord.). *Estudios de Derecho Internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. 2 vols. Valencia: Tirant lo Blanch,

La CIPPDF contempla dos tipos de obligaciones de cooperación internacional. La primera es de tipo judicial y se refiere al auxilio que los Estados deben prestarse en todas las fases del proceso penal. La segunda es de carácter humanitario y se centra en la reparación de las víctimas, la búsqueda de la persona desaparecida y la identificación y restitución de los restos<sup>732</sup>.

En principio, la cooperación se somete a la regulación del Derecho interno de los Estados y los tratados de cooperación. Sin embargo, frente a la ausencia de un tratado la CIPPDF puede servir como base normativa<sup>733</sup>.

A primera vista, la CIPPDF parece referirse exclusivamente a un modelo de cooperación horizontal, es decir, aquél que se realiza entre los Estados. Sin embargo, la Convención no prohíbe la colaboración vertical, es decir, la que media entre los Estados y los tribunales internacionales<sup>734</sup>. Por lo tanto, no hay ningún obstáculo para que los Estados Partes cooperen con tribunales penales internacionales y tribunales internacionales de derechos humanos<sup>735</sup>. El artículo 14, entonces, no debe ser interpretado restrictivamente. Aunque el párrafo primero se refiere a la “*persecución penal*”, en el párrafo segundo habla de “*auxilio judicial*”, con lo cual debe entenderse que esta última expresión incluye los procesos que se llevan a cabo ante tribunales

---

2012, t. 1, p. 776. Cfr. NOWAK/MCARTHUR, op. cit., pp. 383 y 387; OTT, op. cit., p. 242 y, en general, ORIHUELA CALATAYUD, op. cit., p. 169.

<sup>732</sup> Vid. respectivamente, arts. 14 y 15 de la CIPPDF. La discusión en los trabajos preparatorios de la CIPPDF puede consultarse en CDI, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 64. El texto del art. 14 se inspira en el art. 9 de la *Convención contra la Tortura*, cit., tal como se admite en CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 123. El resto de los instrumentos internacionales sobre desapariciones no contiene disposiciones específicas sobre el tópico, salvo el art. 1(c) de la CIDFP, cit., que se refiere a la cooperación para la persecución penal.

<sup>733</sup> Vid. art. 14 de la CIPPDF. Cfr. CDI, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 64; OTT, op. cit., p. 241. A la misma conclusión llegan NOWAK/MCARTHUR, op. cit., p. 388, respecto de la disposición análoga de la *Convención contra la Tortura*.

<sup>734</sup> Para la distinción entre cooperación vertical y horizontal a propósito de tribunales penales internacionales, vid. SLUITER, Göran K. “Co-operation with the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda”, en FISCHER, Horst/KREB, Klaus/ROLF LÜDER, Sascha (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law*. Current Developments. Berlín: BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, pp. 688-689. La distinción fue utilizada en el caso *Blaškić* por el TPIY, AC, *Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, decision, IT-95-14, 29 de octubre de 1997, párr. 47.

<sup>735</sup> Generalmente, los tratados que los Estados deben ratificar para someterse a la competencia de un tribunal de esa índole, contemplan una regulación específica de la cooperación que debe brindarse al órgano jurisdiccional. Cfr. ER, cit., arts. 87(7) y 112(2)(f); *Estatuto del TPIY*, cit., art. 29(2); *Estatuto del TPIR*, cit., art. 28(2); TEDH. Registry of the Court. *Rules of Court*. Strasbourg, 1 de septiembre de 2012, rule 44A; CorteIDH. *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2001 y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009, art. 25.

internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, si la cooperación internacional consiste en una “*participación activa de los Estados en la consecución de fines comunes*”<sup>736</sup> y si uno de los fines comunes de los Estados Partes de la Convención se traduce en la lucha contra la impunidad de las desapariciones forzadas, debe concluirse que la CIPPDF también incluye la cooperación vertical.

A los Estados no les está permitido denegar el auxilio judicial por razones de soberanía, seguridad, orden público u otros intereses, facultad que fue eliminada del texto convencional durante la negociación. Esta es la interpretación más coherente con los objetivos de la CIPPDF, a pesar de que el artículo 14(2) disponga que los “*motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar dicho auxilio o someterlo a determinadas condiciones*” deban regirse por el Derecho nacional y los tratados internacionales de cooperación<sup>737</sup>.

Ahora bien, la CIPPDF es el primer tratado internacional de derechos humanos que amplía la cooperación internacional al ámbito humanitario, a fin de que los Estados colaboren entre sí para la prevención, la reparación y las funciones humanitarias de búsqueda de la persona desaparecida o de sus restos<sup>738</sup>. Esta ampliación hacia fines humanitarios, demuestra que la cooperación no cumple sólo un papel sancionador, sino también preventivo y reparador.

Las pretensiones de las víctimas no se limitan a las exigencias de justicia, sino que se amplían hacia la obtención de la verdad y la implementación de medidas de reparación. La CIPPDF se ha ocupado de estas dimensiones, tal como se analizará en los apartados siguientes, dedicados a la obligación de reparación.

### **3.7. La obligación general de reparación**

La obligación de reparar el daño causado es un principio básico del Derecho internacional público. Para confirmarlo puede servir de ejemplo la famosa sentencia de

---

<sup>736</sup> La expresión es de VALADÉS, Diego. “Reflexiones sobre la Cooperación Jurídica Internacional”, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*. 2 vols. San José de Costa Rica: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, t. II, pp. 1472.

<sup>737</sup> Cfr. OTT, op. cit., pp. 242 y 243; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 113.

<sup>738</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 114.

la CPJI sobre la *Factoría Chorzów*, conforme a la cual “[e]s un principio del Derecho internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de un compromiso implica una obligación de reparar”<sup>739</sup>. En el marco de la responsabilidad internacional del Estado, el principio ha sido reafirmado por el artículo 31(1) del PRIEHII de la siguiente manera: “el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”.

El principio de reparación no sólo tiene aplicación en el ámbito de las relaciones interestatales, sino también en la relación que media entre el Estado y los ciudadanos. En efecto, el artículo 33(2) del Proyecto de la CDI dispone que “la presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”. Así, ante una violación de derechos humanos el sujeto beneficiario de la reparación no es el Estado, sino la víctima. El principio de reparación, por tanto, se aplica de un modo más específico en el ámbito de los derechos humanos, imponiendo a los Estados la obligación de reparar los daños causados a las víctimas que sufren una violación<sup>740</sup>.

En las últimas décadas, la reflexión sobre la reparación de las violaciones a los derechos humanos ha experimentado un desarrollo frenético. En efecto, ha atraído la atención de la academia, ha sido reconocido como un derecho autónomo y ha tenido una vasta aplicación práctica, especialmente, en el sistema interamericano<sup>741</sup>.

---

<sup>739</sup> CPJI. *Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, Merits, 13 de septiembre de 1928, en *Publications of the Permanent Court of International Justice (1922-1946)*, ser. A, n° 17, p. 29: “[I]t is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation”. En una fase previa del proceso, la Corte también había afirmado algo similar. Cfr. CPJI. *Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, Jurisdiction, 26 de Julio de 1927, en *Publications of the Permanent Court of International Justice (1922-1946)*, ser. A, n° 9, p. 21: “it is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form” [es un principio del Derecho internacional que la violación de un compromiso implica la obligación de una reparación adecuada].

<sup>740</sup> FERNÁNDEZ SOLA, “El derecho a la reparación de las víctimas de desaparición forzada...”, cit., p. 405.

<sup>741</sup> En cuanto a los instrumentos internacionales universales que hacen referencia a la obligación de reparar, cfr.: *Convención contra la Tortura*, cit., art. 14; *Convención sobre los Derechos del Niño* (en adelante, CRC), adoptada y abierta a la firma y ratificación por la AG en su res. 44/25, 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, *UNTS*, vol. 1577, p. 3, art. 39; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (en adelante, CERD), adoptada y abierta a la firma y ratificación por la AG en su res. 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969, *UNTS*, vol. 660, p. 195, art. 6; *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (en adelante, CEDAW), adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la AG en su res. 34/180, de 18 de diciembre de 1979 y entrada en

Entre los instrumentos internacionales que se refieren a la reparación requieren una mención obligada los *Principios y Directrices sobre reparación* que han sido elaborados en el marco de Naciones Unidas y que se presentan como un compendio general del desarrollo del Derecho internacional sobre la obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos<sup>742</sup>.

Según GOMEZ ISA, el derecho a la reparación tiene su fundamento en la protección general de los derechos humanos, de modo que su reconocimiento internacional no es un hecho nuevo ni reciente<sup>743</sup>. La afirmación viene confirmada por los *Principios y Directrices sobre reparación*, cuando aclaran en el Preámbulo que “no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las

---

vigor el 3 de septiembre de 1981, *UNTS*, vol. 1249, p. 13, art. 2(c); ER, cit., art. 75. A nivel regional, cfr. CEDH, cit., art. 41; CADH, cit., art. 63; CIPST, cit., art. 9. Entre los instrumentos de *soft law*, cfr. *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, cit., art. 11; *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, cit., principio 20. En cuanto al Derecho internacional humanitario cfr. *Convenio IV de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, 18 de octubre de 1907 [En línea]. Cruz Roja Española. Disponible en <[http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Convenio\\_IV\\_de\\_la\\_Haya\\_de\\_1907.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Convenio_IV_de_la_Haya_de_1907.pdf)>. [Consulta: 9 de mayo de 2014], art. 3; PICG, cit., art. 91.

Se suele vincular la reparación con el derecho a un recurso efectivo y el derecho de acceso a la justicia, de modo que las disposiciones de los instrumentos internacionales que consagran tales derechos contienen un reconocimiento implícito del derecho a la reparación, v. gr., DUDH, cit., arts. 8 y 12; PIDCP, cit., art. 2(3); CADH, cit., arts. 8 y 25; CEDH, cit., art. 13; CADHP, cit., art. 7. También deben mencionarse las referencias a la reparación que realizan algunos instrumentos a propósito de derechos específicos, v. gr., DADH, cit., art. V (derecho a la honra, reputación personal, vida privada y familiar); PIDCP, cit., art. 9(5) (reparación en caso de personas ilegalmente detenidas o presas), art. 14(6) (indemnización en caso de error judicial); CEDH, cit., art. 5 (derecho a la libertad personal); CADH, cit., art. 10 (derecho a indemnización en caso de error judicial); CADH, cit., art. 11 (derecho a la honra); CADHP, cit., art. 21 (derecho al aprovechamiento de las riquezas y recursos naturales); CRC, cit., art. 16 (derecho a la vida privada y familiar).

Sobre el reconocimiento del derecho a la reparación en el Derecho internacional de los derechos humanos, cfr. ROMBOUTS, Heidy/SARDARO, Pietro/VANDEGINSTE, Stef. “The Right of Reparation for Victims of Gross and Systematic Violations of Human Rights”, en DE FEYTER, Koen et al. (eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005, pp. 364-367; SHELTON, Dinah. “The Right to Reparation for Acts of Torture: What Rights, What Remedies”, *Torture*, vol. 17, n° 2, 2007, pp. 97-98; VAN BOVEN, Theo. “Victims’ Rights to a Remedy and Reparation: the New United Nations principles and Guidelines”, en FERSTMAN, Carla/GOETZ, Mariana/STEPHENS, Alan (eds.), *Reparation for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*. Leiden: Brill, 2009, pp. 20-ss.

<sup>742</sup> Para un comentario general sobre estos Principios, vid. SHELTON. “The United Nations Principles and Guidelines on Reparations: Context and Contents”, en DE FEYTER, Koen et al. (eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005, pp. 11-33.

<sup>743</sup> GOMEZ ISA, “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos”, cit., pp. 27-30 y 35-36 y 67-71.



*obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al Derecho internacional humanitario*”<sup>744</sup>.

Este trabajo no pretende abordar un análisis exhaustivo de la obligación internacional de reparación, sino ofrecer una perspectiva general sobre su cumplimiento en el marco de la desaparición forzada. Para alcanzar ese cometido, se hará referencia a la consagración de la obligación de reparación en la CIPPDF; se explicará el concepto de víctima de desaparición forzada, destacándose las tendencias jurisprudenciales sobre la materia; se hará una breve referencia a las medidas clásicas de reparación y a las especificidades que asumen en su aplicación a propósito de las desapariciones forzadas; se explicará cómo debe satisfacerse el derecho a la verdad y se finalizará con el tratamiento de algunas cuestiones especialmente relacionadas con la desaparición forzada, como la protección de los restos mortales de las personas desaparecidas, la situación legal de dichas personas y sus familiares y el derecho a formar parte de una organización de víctimas.

### **3.7.1. La especificación de la obligación de reparación ante casos de desapariciones forzadas**

El artículo 24(4) de la CIPPDF consagra a favor de las víctimas de una desaparición forzada el derecho a la reparación en los siguientes términos: “[l]os Estados Partes velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada”<sup>745</sup>.

La manera en cuya virtud se describe la obligación de reparación obliga a los Estados Partes a incorporar en el Derecho interno un sistema racional y justo de reparaciones en beneficio de las víctimas de desapariciones forzadas. La referencia a la justicia y adecuación de la reparación no es casual y tiene un sentido bien preciso<sup>746</sup>. Para DE GREIFF, la justicia de la reparación está relacionada con la finalidad de esta

---

<sup>744</sup> *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., Preámbulo, párr. 7.

<sup>745</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 138; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 112.

<sup>746</sup> De hecho, expresiones similares se utilizan en otros instrumentos internacionales tales como el CEDH, cit., art. 41 (“*satisfacción equitativa*”); la CADH, cit., art. 63 (“*justa indemnización*”); la *Convención contra la Tortura*, cit., art. 14 (“*indemnización justa y adecuada*”).

obligación, que consiste en la *restitutio in integrum*, esto es, el restablecimiento de *status quo* anterior a la comisión de la violación, siempre que sea posible<sup>747</sup>. En lo fondo, una de las principales finalidades de la reparación es el restablecimiento de la dignidad de la víctima<sup>748</sup>.

Respecto de las desapariciones forzadas cobran mucho sentido las palabras de GÓMEZ ISA, cuando refiriéndose la obligación de reparación en general, señala que “*no es una panacea que va a solucionar todos los problemas relacionados con el pasado a los que se enfrentan las sociedades en transición. Ciertas secuelas de graves violaciones a los derechos humanos son irreparables, tanto en su dimensión individual como colectiva; en ocasiones las heridas son de tal naturaleza que a lo máximo a que se puede aspirar es a que las víctimas aprendan a vivir con ese dolor*”. El autor continua diciendo que “[e]sta reflexión nos conduce a la necesidad de enfocar las reparaciones como un proceso y no como un momento concreto en que se llevan a cabo determinados actos simbólicos y se entregan a las víctimas algunos beneficios económicos”<sup>749</sup>. Se trata de una reflexión plenamente aplicable a la especialidad de la desaparición forzada. El carácter tan peculiar de este ilícito, por ende, obliga a que la obligación general de reparación se adapte a dichas circunstancias<sup>750</sup>.

Pues bien, el titular del derecho a la reparación es la víctima, con lo cual es imprescindible comprender el alcance de la noción de víctima de desaparición forzada, cuestión a la que se dedicará la próxima sección<sup>751</sup>.

### 3.7.2. Las víctimas de desaparición forzada de personas

La CIPPDF contempla una noción amplia de víctima, incluyendo a “*la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como*

---

<sup>747</sup> DE GREIFF, Pablo. “Justice and Reparation”, en DE GREIFF, Pablo (ed.). *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 455-456.

<sup>748</sup> CAT. *Observación general N° 3 (2012)*. Aplicación del artículo 14 por los Estados partes. CAT/C/GC/3 (13 de diciembre de 2012), párr. 4.

<sup>749</sup> GÓMEZ ISA, “El fenómeno de la impunidad...”, cit., p. 175. Cfr. el mismo, “Justicia y reparación para las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos”, *Crítica*, año 58, n° 954, 2008, pp. 53-54.

<sup>750</sup> CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., p. 9. La necesidad de que la reparación se adapte a las especificidades de cada violación también ha sido resaltada en CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 6.

<sup>751</sup> El concepto de víctima ya ha sido tratado someramente en el Capítulo III, § 3.2.2.

*consecuencia de la desaparición forzada*”<sup>752</sup>. Esta noción representa un avance de cara al resto de los instrumentos internacionales sobre desaparición forzada, porque el artículo 19 de la DPPDF contiene un concepto demasiado restringido de víctima, refiriéndose sólo a la persona desaparecida y a los familiares, mientras que la CIDFP no contempla una norma expresa sobre el punto<sup>753</sup>.

Pues bien, este concepto diferencia dos clases de víctimas: las personas desaparecidas y las personas físicas que sufren un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición<sup>754</sup>. Las personas jurídicas no podrían considerarse víctimas en base a una interpretación literal del precepto.

La Convención no establece ninguna distinción entre estas dos categorías de víctimas, de modo que toda víctima de desaparición forzada goza de los derechos consagrados en el tratado, aunque en la práctica la persona desaparecida no podrá

---

<sup>752</sup> Para la discusión en los trabajos preparatorios, cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, cit., E/CN.4/2003/71, cit., párrs. 83 y 88; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 134, dando cuenta de la intención de algunas delegaciones de incorporar una distinción entre víctimas directas e indirectas y que afortunadamente no progresó; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 112.

En el Derecho internacional de los derechos humanos la víctima suele ser definida en términos amplios. Por ejemplo, el CAT la define en su *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 3, como “*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 actos u omisiones que constituyan una violación de la Convención. [...] El término «víctima» también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima así como las personas que hayan sufrido daños al intervenir para socorrer a una víctima o para impedir su victimización*”. Asimismo, según el principio 8 de los Principios y Directrices sobre reparación, cit.: “*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*”. Una definición similar, aunque referida a la víctima de una infracción penal, es la consagrada en apartado 2 de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la AG en su res. 40/34, 29 de noviembre de 1985, que se refiere 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*”.

<sup>753</sup> El GTDFI se ha mostrado favorable a la amplitud del concepto de la Convención Internacional. Cfr. GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98° período de sesiones*, cit., párr. 38; el mismo, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), párr. 574.

<sup>754</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 134. Referencias similares a los familiares de la persona desaparecida como víctimas de desaparición, pueden revisarse en AG, res. 33/173, cit.; PACE, *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 21; la misma, res. 1463(2005), cit., párrs. 8 y 10.2.

hacerlos valer por estar sustraída a la protección del Derecho<sup>755</sup>. Por esta razón, es preferible evitar la terminología de víctimas directas e indirectas, dado que podría inducir el error de jerarquizar entre diferentes tipos de víctimas<sup>756</sup>.

Aunque no se mencione en la Convención, la desaparición también genera graves perjuicios a nivel social. Las consecuencias negativas que la desaparición puede producir en una sociedad dependerán de la escala de los crímenes y del contexto político, social y cultural vigente al momento de su comisión<sup>757</sup>. VERMEULEN identifica tres consecuencias negativas. En primer lugar, puede producirse una pérdida de confianza en las autoridades e instituciones públicas, debido a su incapacidad de prevenir la comisión de las desapariciones y de investigar y sancionar a los responsables. Esta situación asume mayor intensidad si fueron las fuerzas de seguridad del Estado quienes cometieron los crímenes, si alguna rama de la administración pública colaboró con su comisión –especialmente, en lo que se refiere al ocultamiento de la información– o si la judicatura no fue proactiva en la investigación y sanción de los autores o contribuyó en la comisión de las desapariciones negándose a tramitar los recursos interpuestos para la protección de las víctimas. En segundo lugar, la desaparición puede crear una sensación de miedo y terror a nivel social, dado que una de sus finalidades consiste en amedrentar la disidencia política en el marco de contextos autoritarios. Finalmente, la falta de información sobre el destino de las víctimas también puede desencadenar una sensación de incertidumbre generalizada en la

---

<sup>755</sup> MCCRORY, op. cit., p. 557.

<sup>756</sup> GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 38. La distinción entre víctimas directas e indirectas podría ser aceptable si se asume una concepción como la de GARCÍA RAMÍREZ, quien defiende la diferenciación utilizando como criterio de clasificación la presencia o ausencia de intermediación de violaciones de derechos de varias víctimas. Sin embargo, el jurista mexicano está plenamente consciente de que no debe trazarse una diferenciación jerárquica entre ambas clases de víctimas. En su opinión, se “*podría considerar como víctima directa a la persona que sufre menoscabo de sus derechos fundamentales como efecto inmediato de la propia violación: entre ésta y aquél existe una relación de causa a efecto (en el sentido jurídico del vínculo), sin intermediario ni solución de continuidad. En cambio, víctima indirecta sería quien experimenta el menoscabo en su derecho como consecuencia inmediata y necesaria, conforme a las circunstancias, del daño que sufrió la víctima directa. En tal hipótesis, la afectación ocasionada a ésta última sería la fuente del menoscabo que experimenta la víctima indirecta. La distinción técnica entre ambas categorías no implica que alguna de ellas revista mayor jerarquía para los fines de la tutela jurídica. Ambas se hallan igualmente tuteladas por la Convención y pueden ser atendidas en la Sentencia, tanto para considerarlas, sustantivamente, como sujetos pasivos de una violación, acreedores a reparaciones, como para atribuirles legitimación procesal, de manera genérica e indistinta*”. Vid. CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto razonado concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párr. 5.

<sup>757</sup> Cfr. LIPPMAN, op. cit., p. 127; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., pp. 1-2; CDH. *Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y en particular: cuestión de las desapariciones forzadas e involuntarias*. Informe del Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias. E/CN.4/1985/15 (25 de enero de 1985), párr. 291.

sociedad, porque no se sabe lo ocurrido con las personas desaparecidas y porque tampoco puede preverse quién puede ser la próxima víctima<sup>758</sup>.

Ahora bien, según la CIPPDF son víctimas quienes sufren un “*perjuicio directo como consecuencia de la desaparición forzada*”. Sin embargo, ¿qué el perjuicio directo? Los trabajos preparatorios de la Convención no aportan mucha información al respecto. La doctrina especializada tampoco ha tratado en detalle el punto. VERMEULEN, por ejemplo, ha sostenido que el contenido del perjuicio directo está relacionado con los factores especiales elaborados por la jurisprudencia del TEDH y la CorteIDH a fin de determinar si una persona puede considerarse víctima de desaparición forzada<sup>759</sup>. Por su parte, el CED se ha referido tangencialmente al problema en sus Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia, reprobando que en el Derecho interno de ese país se exigiera un perjuicio “personal” de la víctima, cualidad no requerida por la Convención<sup>760</sup>.

Sin duda, la noción de perjuicio directo es indeterminada<sup>761</sup> y cabe esperar que la práctica de los Estados y del CED arroje más certeza sobre su significado. Adviértase que una interpretación demasiado estricta de esta noción podría generar distinciones arbitrarias y discriminatorias entre quienes se consideren víctimas. Lo cierto es que el concepto de víctima no puede circunscribirse únicamente a los familiares. En general, cualquier persona que sufra algún tipo de perjuicio a consecuencia de la desaparición podría ser considerada víctima, por ejemplo, los abogados, los jueces, los fiscales, los testigos y toda persona que, estando involucrada en la investigación de una desaparición sufriera amenazas, malos tratos u otra afectación de sus derechos<sup>762</sup>.

El TEDH, la CorteIDH y el HRC han debido enfrentar el problema de determinar quién puede considerarse víctima de desaparición forzada, una cuestión de fundamental importancia para identificar los sujetos beneficiarios de las reparaciones. A continuación se analizarán las estrategias argumentativas empleadas por estas entidades para la resolución del problema.

---

<sup>758</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 136-139 y 447, subrayando que el concepto de víctima de la Convención Internacional no hace referencia a la victimización de la sociedad.

<sup>759</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 487.

<sup>760</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párrs. 34-35.

<sup>761</sup> Vid. OTT, op. cit., p. 268, criticando la vaguedad del concepto.

<sup>762</sup> Cfr. CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 538; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 346

### 3.7.2.1. Los factores especiales para la identificación de las víctimas de desaparición forzada según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El CEDH no contiene una definición de víctimas y sólo se refiere a ellas cuando regula la presentación de las demandas individuales<sup>763</sup>. Pese a lo anterior, se interpreta que los demandantes, para ser considerados víctimas, deben demostrar que han sufrido una afectación de algunos de los derechos consagrados en el Convenio<sup>764</sup>.

El enfoque que ha adoptado el TEDH para determinar si una persona puede considerarse víctima de desaparición forzada es bastante peculiar. En un primer momento, parecía que el Tribunal Europeo seguiría una línea muy similar a la adoptada por la CorteIDH, considerando el sufrimiento emocional como elemento determinante para valorar la calidad de víctima. Por ejemplo, este enfoque fue empleado en la sentencia *Kurt vs. Turquía*<sup>765</sup>.

Sin embargo, en la sentencia *Çakici vs. Turquía* se adoptó una posición diametralmente diferente, exigiéndose la concurrencia de un conjunto de “factores especiales” cuya finalidad es determinar quiénes pueden considerarse víctimas de una violación al artículo 3 del CEDH, que regula la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes. Aunque estos criterios carecen de un sustento normativo positivo, el TEDH justificó su exigencia argumentando que una violación a este precepto en perjuicio de los familiares de la persona desaparecida, requiere la comprobación de hechos que demuestren un dolor emocional más intenso del que pueda sufrir cualquier individuo que padece una violación grave a los derechos humanos. Está claro que el TEDH estaba interesado en elaborar un criterio que restringiera la aplicación de artículo 3 a un número limitado de personas<sup>766</sup>. Si bien el Tribunal reconoce que los familiares y otras personas cercanas al desaparecido experimentan un

---

<sup>763</sup> CEDH, cit., art. 34: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

<sup>764</sup> FELDMAN, Tamar. “Indirect Victims, Direct Injury: Recognizing Relatives as Victims under the European Human Rights System”, *European Human Rights Law Review*, Issue 1, 2009, pp. 57-58.

<sup>765</sup> TEDH, *Kurt vs. Turkey*, cit., párrs. 130-134.

<sup>766</sup> FELDMAN, op. cit., p. 61.

dolor emocional por el sólo hecho de la desaparición, por otro lado considera que es insuficiente para satisfacer el umbral de gravedad de la tortura o los tratos crueles, inhumanos y degradantes y exige la demostración de un dolor especialmente intenso.

Los factores que se han considerado para tal efecto son: 1) la proximidad del vínculo familiar; 2) las circunstancias especiales de la relación; 3) el hecho de haber presenciado la comisión de la desaparición; 4) la actividad de búsqueda de información; y 5) la actitud de las autoridades a la que se le requirió la información<sup>767</sup>. Este tipo de exigencia es bastante polémica, porque conduce a distinciones injustificadas y arbitrarias entre las víctimas. Como señala GÓMEZ ISA, todo proceso de identificación de víctimas es un proceso político que conlleva cierto grado de discrecionalidad, pero lo importante es que dicha identificación se lleve a cabo sin ningún tipo de discriminación y atendiendo al sufrimiento que experimentan los afectados<sup>768</sup>.

Si bien en la mayoría de los casos de desapariciones resueltos por el TEDH los factores especiales han sido acreditados<sup>769</sup>, no han faltado los precedentes en que se ha desestimado la calidad de víctimas porque no pudo probarse alguno de los criterios mencionados. Por ejemplo, en el caso *Akdeniz y otros vs. Turquía* se consideró que no hubo violación al artículo 3, porque sólo una de las víctimas había presenciado el hecho y porque algunos de los familiares habían sido más activos que otros en la búsqueda de

---

<sup>767</sup> TEDH, *Çakici vs. Turkey*, cit., párr. 98. El test de los factores especiales ha sido aplicado en la jurisprudencia posterior sobre desapariciones forzadas. Cfr., por ejemplo, *Akdeniz and others vs. Turkey*, cit., párr. 101; *Akhmadova and Akhmadov vs. Russia*, application no. 20755/04, judgment, 25 de septiembre de 2008, párr. 87; *Bazorkina vs. Russia*, cit., párr. 139; *Gekhayeva and others vs. Russia*, cit., párr. 117; *Gongadze vs. Ukraine*, cit., párr. 184; *Ibragimov and others vs. Russia*, application no. 34561/03, judgment, 29 de mayo 2008, párr. 105; *Imakayeva vs. Russia*, cit., párr. 164; *İpek vs. Turkey*, cit., párr. 181; *Koku vs. Turkey*, application no. 27305/95, judgment, 31 de mayo de 2005, párr. 170; *Luluyev and others vs. Russia*, cit., párr. 111; *Orhan vs. Turkey*, cit., párr. 358; *Osmanoğlu vs. Turkey*, cit., párr. 96; GC, *Janowiec and others vs. Russia*, applications nos. 55508/07 and 29520/09, judgment, 21 de octubre de 2013, párr. 177; *Sambiyev and Pokayeva vs. Russia*, application no. 38693/04, judgment, 22 de enero de 2009, párr. 73; *Sangariyeva and others vs. Russia*, application no. 1839/04, judgment, 29 de mayo de 2008, párr. 90; *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 238; *Taniş and others vs. Turkey*, application no. 65899/01, judgment, 2 de agosto 2005, párr. 219; *Timurtaş vs. Turkey*, cit., párr. 95; *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párr. 200.

<sup>768</sup> GÓMEZ ISA, “El fenómeno de la impunidad...”, cit., p. 175; el mismo, “Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso de Colombia”, cit., p. 200.

<sup>769</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Akhmadova and Akhmadov vs. Russia*, cit., párrs. 88-89; *Bazorkina vs. Russia*, cit., párrs. 140-142; *Gekhayeva and others vs. Russia*, cit., párr. 118-121; *Gongadze vs. Ukraine*, cit., párrs. 185-186; *Ibragimov and others vs. Russia*, cit., párrs. 106-108; *Imakayeva vs. Russia*, cit., párrs. 165-167; *İpek vs. Turkey*, cit., párrs. 182-183; *Luluyev and others vs. Russia*, cit., párr. 112-113, a pesar de que entre los familiares solo uno de ellos se dedicó a la búsqueda de información debido a que su profesión era la de abogado; *Orhan vs. Turkey*, cit., párrs. 359-360; *Osmanoğlu vs. Turkey*, cit., párrs. 97-99; *Sangariyeva and others vs. Russia*, cit., párrs. 91-92; *Taniş and others vs. Turkey*, cit., párrs 220-221; *Timurtaş vs. Turkey*, cit., párrs. 96-98; *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párrs. 201-202.

información sobre los desaparecidos<sup>770</sup>. Asimismo, en los casos *Çakici vs. Turquía* y *Koku vs. Turquía* se concluyó que los hermanos de la persona desaparecida no eran víctimas, porque no presenciaron la desaparición y no participaron en la búsqueda de la información, actividad a la que se habían dedicado otros familiares<sup>771</sup>. Finalmente, en el caso *Tahsin Acar vs. Turquía* la Gran Sala del TEDH desestimó que el demandante cumplía la calidad de víctima realizando una aplicación automática de los factores especiales sin argumentar las razones que sirvieron de base a esta conclusión<sup>772</sup>.

Tratándose de una cuestión polémica y discutible, se realizará un escrutinio de las críticas que pueden plantearse a cada uno de estos factores especiales.

#### **3.7.2.1.1. La proximidad del vínculo familiar**

Aunque se puede estar de acuerdo con el hecho de que no todos los familiares o personas cercanas del desaparecido pueden considerarse víctimas, la falta de claridad con la que se ha enfrentado la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo merece una dura crítica<sup>773</sup>. La cuestión de la proximidad familiar no puede ser tratada con un enfoque objetivo. El concepto contemporáneo de familia está experimentando importantes modificaciones, con lo cual es desaconsejable centrarse en la existencia de vínculos específicos como el lazo sanguíneo o el matrimonio para determinar quién es víctima de desaparición. Lo ideal es adoptar un enfoque subjetivo, que tome en consideración la relación particular que mediaba entre el familiar y la persona desaparecida y que analice factores como el vínculo emocional, la distribución de los roles familiares, las circunstancias sociales, culturales y religiosas y otros antecedentes que pueden dar cuenta de la cercanía entre víctima y desaparecido, por ejemplo, el hecho de vivir en un hogar común o la existencia de alguna clase de responsabilidad

---

<sup>770</sup> TEDH, *Akdeniz and others vs. Turkey*, cit., párr. 102.

<sup>771</sup> Cfr. TEDH, *Çakici vs. Turkey*, cit., párr. 99; el mismo, *Koku vs. Turkey*, cit., párr. 171. En éste último caso, la calidad de víctima fue desestimada a pesar de que se presentare documentación médica que acreditaba su estado depresivo y pese a que se hubiere probado que ella había denunciado la desaparición a nivel internacional ante el Parlamento Europeo y Amnistía Internacional.

<sup>772</sup> TEDH, *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 239.

<sup>773</sup> TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., Joint Partly Dissenting Opinion of Judges ZIEMELE, DE GAETANO, LAFFRANQUE and KELLER, párr. 2.



familiar especial<sup>774</sup>. El enfoque objetivo del TEDH, por el contrario, conduce a clasificaciones injustificadas y discriminatorias.

### **3.7.2.1.2. La exigencia de haber presenciado el hecho**

No parece adecuado exigir que las víctimas hayan presenciado la detención de la persona desaparecida. Claramente, puede ocurrir que esas personas sufran algún tipo de consecuencia psicológica particular, pero esto no significa que el resto de los familiares no experimente un dolor emocional a causa de la desaparición<sup>775</sup>.

### **3.7.1.2.3. La participación en la investigación y la búsqueda de información**

Tampoco es justificable exigir que las víctimas participen en las actividades de búsqueda. En la práctica, los familiares que suelen encargarse de estas tareas son los que tienen una mayor fortaleza emocional o que comprenden con mayor facilidad las complejidades de la burocracia inherente a la substanciación de un proceso judicial<sup>776</sup>. En muchas ocasiones, la actividad de búsqueda puede ser obstaculizada por las circunstancias que rodean la desaparición, el clima de impunidad imperante, la ineficacia de las instituciones públicas y judiciales o el miedo a eventuales represalias<sup>777</sup>.

---

<sup>774</sup> Cfr. FELDMAN, op. cit., pp. 61-62; CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., p. 2, destacando la importancia de la relación que media entre víctima y persona desaparecida. Sobre la importancia del sufrimiento como elemento central para el otorgamiento de reparaciones, vid. CANÇADO TRINDADE, *The Access of Individuals to International Justice*, cit., pp. 152-153.

<sup>775</sup> Cfr. FELDMAN, op. cit., p. 62; TEDH, *Çakici vs. Turkey*, cit., Partly Dissenting Opinion of Judge THOMASSEN joined by Judges JUNGWIERT and FISCHBACH, p. 37.

<sup>776</sup> Por ejemplo, en el caso *Luluyev and others vs. Russia*, cit., párr. 112, fue el marido de la víctima quien se preocupó de la búsqueda de información, porque su profesión era la de abogado.

<sup>777</sup> Cfr. FELDMAN, op. cit., p. 63; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 189 y 448; TEDH, *Çakici vs. Turkey*, cit., Partly Dissenting Opinion of Judge THOMASSEN joined by Judges JUNGWIERT and FISCHBACH, pp. 37-38.

#### **3.7.2.1.4. La actitud de las autoridades**

Según el TEDH, la actitud de las autoridades durante la investigación es el factor predominante para determinar la calidad de víctima<sup>778</sup>. Esta exigencia tampoco se justifica. El contenido de este criterio no es claro y la jurisprudencia del TEDH no ayuda a identificar en qué consiste. Es verdad que la presencia de alguna actitud discriminatoria por parte de la autoridad puede acentuar el sufrimiento de las víctimas, pero también es cierto que la calidad de víctima no puede depender exclusivamente de la actitud de terceras personas<sup>779</sup>.

#### **3.7.2.1.5. La aplicación de criterios temporales para determinar la calidad de víctimas**

Como última observación, cabe reseñar que para determinar si los demandantes podían considerarse víctimas el TEDH ha introducido un criterio temporal relacionado con la valoración del sufrimiento de los familiares del desaparecido. Puede servir de ejemplo para ilustrar este punto la sentencia *Jonowiec y otros vs. Rusia* sobre la masacre de Katyn. En 1940 el ejército soviético ejecutó a casi 22.000 prisioneros en el bosque de Katyn por orden de Stalin. La mayoría de ellos fueron enterrados en fosas comunes, ocultándose la información sobre su destino. El Gobierno Soviético sostuvo durante décadas que la masacre era atribuible a los nazis, hasta que en 1990 una investigación oficial demostró lo contrario, lo que obligó al presidente ruso a reconocer la responsabilidad.

El TEDH consideró que los ilícitos cometidos en la masacre podían ser calificados como desapariciones forzadas, pero solo hasta el momento en que se descubrieron las fosas comunes en que estaban enterradas las víctimas. Desde ese momento y en base a la presunción de muerte de las personas desaparecida, debía considerarse que los hechos asumían la forma de ejecuciones extrajudiciales, aunque no se hubieran exhumado e identificado los restos de todos los desaparecidos.

---

<sup>778</sup> TEDH, *Çakici vs. Turkey*, cit., párr. 98.

<sup>779</sup> FELDMAN, op. cit., pp. 63-64.

El descubrimiento de las fosas comunes ocurrió en 1990, pero el CEDH entró en vigencia para Rusia en 1998. Según la sentencia, el sufrimiento de las víctimas debía valorarse tomando como punto de partida la fecha de vigencia del Convenio, con lo cual se concluyó que el nivel de angustia experimentado por los familiares no era similar al de las víctimas de otros casos de desapariciones forzadas, porque el descubrimiento de las fosas comunes otorgaba certidumbre sobre la muerte y con ello generaba una disminución del dolor de los familiares<sup>780</sup>.

Siempre en el ámbito de los criterios temporales, pero desde una perspectiva diferente, también debe llamarse la atención sobre algunos casos en que el cadáver de la víctima se encontró al cabo de pocos días contados desde la privación de libertad. En estos precedentes, el TEDH ha considerado que el breve período de tiempo transcurrido desde la privación de libertad hasta el hallazgo del cadáver, hace que la incertidumbre sobre el destino de la persona desaparecida no sea lo suficientemente intensa para superar el umbral del artículo 3 del CEDH<sup>781</sup>.

### **3.7.2.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la diferenciación entre familiares directos e indirectos y la aplicación de presunciones para determinar las víctimas de desaparición forzada**

---

<sup>780</sup> TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párrs. 182-189.

<sup>781</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Bitiyeva and others vs. Russia*, application no. 36156/04, judgment, 23 de abril de 2009, caso en que transcurrieron dos semanas desde la desaparición hasta el hallazgo de las víctimas; *Nasukhanovy vs. Russia*, application no. 1572/07, judgment, 10 de febrero 2011, párrs. 107-108, en que las víctimas fueron encontradas cuatro días después de la detención; *Sambiyev and Pokayeva vs. Russia*, cit., párrs. 74-75, caso en el que la víctima fue encontrada a la mañana siguiente del día de la detención. Sin embargo, en la sentencia *Luluyev and others vs. Russia*, cit., párrs. 115-118, la víctima fue encontrada diez meses después de la desaparición, tiempo que el TEDH consideró suficiente para satisfacer el umbral del artículo 3. En el caso *Khadzhialiyev and others vs. Russia*, application no. 3013/04, judgment, 6 de noviembre de 2008, párrs. 121-122, aunque el tiempo transcurrido fue breve, se consideró que el umbral del artículo 3 se satisfacía, porque las víctimas habían sido descuartizadas y decapitadas, no pudiendo encontrarse la integridad de sus restos mortales e imposibilitándose la celebración del entierro y el rito fúnebre con normalidad, hecho que había generado una gran aflicción a los familiares. Las obligaciones internacionales sobre los restos mortales de las personas desaparecidas serán explicadas en el § 3.7.5 de este mismo Capítulo.

Los instrumentos normativos que forman parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos no contienen una definición de víctima, con lo cual la construcción de esta noción se ha ido gestando a nivel jurisprudencial<sup>782</sup>.

En relación con las desapariciones forzadas, la jurisprudencia de la CorteIDH ha considerado que los familiares y otras personas cercanas al desaparecido sufren una doble afectación. Por un lado, no pueden ejercer un recurso efectivo ni acceder a la justicia, lo que genera una violación a los artículos 8 y 25 del CADH sobre las garantías judiciales y la protección judicial<sup>783</sup>. Por otro lado, desde la sentencia *Blake vs. Guatemala* la CorteIDH ha considerado que los familiares de la persona desaparecida son víctimas de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, debido al sufrimiento y la angustia que experimentan por la falta de información. Esta tesis ha sido objeto de confirmación en numerosas sentencias posteriores<sup>784</sup>.

Para determinar las víctimas de desaparición, la CorteIDH ha realizado una distinción entre familiares directos e indirectos. Los primeros incluyen a la madre, el padre, las hijas e hijos, los esposos y esposas, los compañeros y compañeras permanentes, mientras que los segundos reúnen al resto de familiares. Respecto de los familiares directos, la CorteIDH ha considerado que se presume un daño a su integridad física y psíquica, correspondiéndole al Estado desvirtuar dicha presunción. En cambio, respecto de los familiares indirectos debe realizarse un análisis casuístico para determinar si resulta afectado su derecho a la integridad personal<sup>785</sup>. Este análisis

---

<sup>782</sup> Sobre el concepto de víctima en el sistema interamericano, vid. MEDELLÍN, Ximena. “El papel de las víctimas ante el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos”, en OLÁSOLO ALONSO, Héctor/CUENCA CURBELO, Salvador (coords.). *Perspectiva iberoamericana sobre la Justicia penal internacional*. Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011, pp. 211-214.

<sup>783</sup> Este tipo de afectaciones no serán abordadas en este epígrafe, porque se relacionan con las obligaciones de investigación y sanción, ambas ya tratadas en los §§ 3.5 y 3.6 de este capítulo y sobre las que se volverá más adelante en el Capítulo VIII, § 3.2.2. De todas formas, cfr., por ejemplo, *Blake vs. Guatemala*, cit., párr. 97; *Masacres de Ituango vs. Colombia*, cit., párrs. 283-344; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 167-212.

<sup>784</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Blake vs. Guatemala*, cit., párrs. 113-116; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párrs. 159-166 y voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 38-40; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 12; *Goiburú y otros vs. Paraguay*, cit., párrs. 94-104; *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párrs. 60-68; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 126-133; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, cit., párrs. 101 y 103; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 163-175; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párrs. 142-146; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 154-162; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 114. La ComisiónIDH también ha sostenido una tesis similar en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*, cit., parte II.

<sup>785</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 235-237; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 127-128; *Masacres de*

casuístico debe considerar de una lista no exhaustiva de factores, entre otros, la existencia de un vínculo estrecho entre la víctima y la persona desaparecida<sup>786</sup>, la participación de la víctima en la búsqueda de la información<sup>787</sup> y la actitud de las autoridades<sup>788</sup>.

Sin embargo, en alguna sentencia se ha adoptado un criterio diferente, exigiéndose la prueba del daño moral causado a los familiares. Así, la sentencia *La Cantuta vs. Perú* concluyó que no se había aportado prueba suficiente para acreditar un perjuicio respecto de los hermanos y hermanas de las personas desaparecidas<sup>789</sup>. Esa argumentación recibió la severa admonición del juez CANÇADO TRINDADE manifestada a través de un voto razonado. Para el juez brasileño, un enfoque del Derecho internacional orientado a las víctimas y una concepción de éstas centrada en el sufrimiento que experimentan, impiden exigir la prueba del perjuicio moral de los familiares más cercanos, incluyendo los hermanos y hermanas. En estos casos, no sólo es difícil acreditar un perjuicio de esa naturaleza, sino que es improcedente porque contrario a la lógica de las relaciones de familia, dado que la regla general es que una persona sufra angustia por la desaparición de un hermano. Por ende, debe presumirse *iuris tantum* el perjuicio material respecto de los familiares más cercanos<sup>790</sup>.

En resumen, el enfoque de la CorteIDH es menos rígido que el del TEDH. Por un lado, es adecuado presumir que los familiares más cercanos al desaparecido experimentan un sufrimiento a causa de la desaparición. En cualquier caso, se trata de

---

*Ituango vs. Colombia*, cit., párr. 262-265; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 235; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párrs. 119 y 129.

<sup>786</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., párr. 163; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 235 y 238; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 163 y 175; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párr. 127; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párrs. 121-128 y 131-132.

<sup>787</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., párrs. 163 y 165; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 235 y 238; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 163, 168-169 y 175; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 127 y 132; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párr. 119.

<sup>788</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., párrs. 161 y 165; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 235, 238 y 241-242; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 163 y 170-175; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 126-127 y 130; *Masacres de Ituango vs. Colombia*, cit., párr. 261; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 154 y 157-158; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párrs. 119 y 132.

<sup>789</sup> CorteIDH, *La Cantuta vs. Perú*, cit., párr. 124.

<sup>790</sup> CorteIDH. *La Cantuta vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173, Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 39-85.

una presunción que puede ser desestimada si, en un caso concreto, se demostrare lo contrario respecto de algún familiar directo, correspondiéndole al Estado la carga de la prueba. También parece adecuada la realización de un análisis casuístico respecto de los familiares indirectos, aunque en ese caso algunos de los factores mencionados por la CorteIDH merecen las mismas críticas planteadas a los factores especiales del TEDH. Sin embargo, la CorteIDH suele realizar una valoración global de los antecedentes, centrándose en los aspectos subjetivos de cada víctima, con lo cual su manera de proceder es distinta a la del TEDH.

Una última cuestión problemática es la circunscripción de la noción de víctima a los familiares. De cara al concepto amplio de víctimas de la CIPPDF, es necesario que la CorteIDH reformule su concepción, incluyendo entre las víctimas personas que, sin ser familiares, sufren un perjuicio a causa de la desaparición.

### **3.7.2.3. La posición del Comité de Derechos Humanos sobre la identificación de las víctimas de desaparición forzada**

La jurisprudencia del HRC ha sido constante al sostener que los familiares de la persona desaparecida son víctimas de la violación del artículo 7 del PIDCP –norma que consagra la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes– debido al estrés, la angustia y la incertidumbre que padecen<sup>791</sup>.

Sin embargo, se trata de una jurisprudencia que no ahonda en la argumentación empleada para justificar esta conclusión. Asimismo, el HRC maneja un concepto de víctima restringido a los familiares, a diferencia del concepto amplio consagrado en la CIPPDF.

---

<sup>791</sup> HRC. *Almeida de Quinteros et al. vs. Uruguay*, cit., párr. 14; *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka*, cit., párr. 9.5; *Bousroual vs. Algeria*, cit., párr. 9.8; *Boucherf vs. Algeria*, cit., párr. 9.7; *Kimouche vs. Algeria*, cit., párr. 7.7; *El Alwani vs. The Libyan Arab Jamahiriya*, cit., párr. 6.5; *El Hassy vs. The Libyan Arab Jamahiriya*, cit., párr. 6.10. También Nigel RODLEY ha defendido esta postura en su calidad de Relator Especial. Vid. AG, *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, A/56/156, cit., párr. 14.

### 3.7.3. Las medidas de reparación

La obligación de reparación debe tener la capacidad de adaptarse a los diferentes contextos de violaciones a los derechos humanos, cuidando satisfacer las necesidades y pretensiones de las víctimas. Si bien existen ciertos postulados generales que orientan la implementación de las medidas de reparación, es necesario tener cuenta las peculiaridades de cada violación específica.

El artículo 24(4) y (5) de la CIPPDF contempla una lista no exhaustiva de las principales medidas de reparación, haciéndolas aplicables a la desaparición forzada; a saber: la indemnización, la restitución, la satisfacción, la rehabilitación y las garantías de no repetición<sup>792</sup>. Según la Observación General del CAT sobre el tópico, estas medidas integran un concepto amplio de reparación<sup>793</sup>.

En principio, no existe ninguna clase de jerarquización entre las medidas, ya que todas ellas son complementarias entre sí<sup>794</sup>. La Convención no define en qué consiste cada una de ellas, lo que hace pensar a VERMEULEN que los Estados tienen un margen de discrecionalidad para su implementación<sup>795</sup>. Sin embargo, tratándose de las medidas tradicionales de reparación, el CED ha recomendado que se incorporen a los ordenamientos nacionales<sup>796</sup>.

Según GÓMEZ ISA, la reparación “*necesita de todo un conjunto de medidas que tienden a modificar el imaginario político y social en el que se tienen que insertar las víctimas*”, dado que “*nos encontramos ante un proceso político que busca la reconstitución de la comunidad política, un nuevo equilibrio en la sociedad en el que las víctimas sean reconocidas en su condición de víctimas y pasen a ocupar un nuevo*

---

<sup>792</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 86; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 135-137; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 103 y 113; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 143.

<sup>793</sup> CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 2.

<sup>794</sup> Sin embargo, en el marco de la responsabilidad internacional interestatal se suele defender una jerarquización entre las medidas de reparación. Vid. FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., p. 405.

<sup>795</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearances*, cit., pp. 91-92.

<sup>796</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 35.

*papel en el espacio político y social*”<sup>797</sup>. Por lo tanto, es aconsejable que un proceso de reparación tienda a la conjunción de medidas materiales y simbólicas<sup>798</sup>.

El reconocimiento expreso de estas medidas en la Convención Internacional debe ser aplaudido, ya que los instrumentos internacionales anteriores sobre la desaparición no tratan el tópico con especificidad. La CIPDF no contempla ninguna disposición sobre la reparación, mientras que el artículo 19 de la DIPPDF sólo hace mención a la indemnización y omite la referencia a las otras medidas.

A continuación, se hará una breve referencia a cada medida de reparación y a las especificidades que asumen a propósito de la desaparición forzada.

### **3.7.3.1. La indemnización**

La indemnización consiste en el pago de una suma de dinero a fin de reparar los perjuicios económicamente valorables que sean consecuencias de la desaparición forzada<sup>799</sup>. Los perjuicios suelen clasificarse en materiales e inmateriales (o morales), dependiendo del carácter patrimonial o no patrimonial del daño<sup>800</sup>. En ambos casos, se trata de perjuicios que pueden ser evaluados económicamente<sup>801</sup>. Generalmente, el perjuicio inmaterial consiste en el sufrimiento experimentado por las víctimas<sup>802</sup>.

---

<sup>797</sup> GÓMEZ ISA, “El fenómeno de la impunidad...”, cit., pp. 175 y 177, refiriéndose a la interrelación entre las medidas de reparación con la denominación de “integralidad interna”. Cfr. el mismo, “Justicia y reparación para las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos”, cit., pp. 51 y 54.

<sup>798</sup> GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 41.

<sup>799</sup> *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 20.

<sup>800</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 84. Cfr. PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 143

<sup>801</sup> CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 10.

<sup>802</sup> Cfr. FERNANDEZ SOLA, op. cit., p. 411; OTT, op. cit., p. 272; PACE, *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 66. Sobre las consecuencias psicológicas generada por la desaparición en los familiares y otras personas cercanas, vid. CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., pp. 18-21.



Quienes sufren los perjuicios son las personas cercanas al desaparecido<sup>803</sup>. También es posible que la persona desaparecida sea puesta en libertad, en cuyo caso también podría ser titular de una indemnización<sup>804</sup>.

Algunos ejemplos de los perjuicios que la indemnización pretende reparar son: el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, empleo, educación y prestaciones sociales, que pueden producirse por la desaparición y por las actividades posteriores de búsqueda<sup>805</sup>; los daños materiales de cualquier índole y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; las afectaciones a la honra y a la reputación; los gastos de asistencia jurídica, asistencia sanitaria, psicológica y social<sup>806</sup>.

Desde el punto de vista probatorio, es más difícil acreditar los daños morales que los daños materiales<sup>807</sup>. En algunos casos, la CorteIDH ha presumido el daño moral en base a la gravedad de la violación y ha fijado los montos de la indemnización aplicando un criterio de equidad<sup>808</sup>.

El otorgamiento de esta medida puede realizarse sobre la base de dos modelos diferentes, uno de carácter judicial y otro de carácter administrativo<sup>809</sup>. La preferencia por uno de ellos dependerá de cada contexto. En general existen tres modalidades de pago: una suma única; varios pagos periódicos, o una combinación entre ambos<sup>810</sup>. Lo ideal es que los pagos no estén sujetos al cobro de impuestos<sup>811</sup>.

---

<sup>803</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración*, cit., párr. 72. Cfr. FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., p. 407; OTT, op. cit., pp. 273-274.

<sup>804</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración*, en CDH. *Cuestión de los Derechos Humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 1997. E/CN.4/1998/43 (12 de enero de 1998), pp. 18-20, párr. 72. Cfr. FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., p. 407.

<sup>805</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 133-134.

<sup>806</sup> *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 20. Cfr. PÉREZ SOLLA, op. cit., pp. 142-143; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 90; GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración*, cit., párr. 73; CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párrs. 3 y 10.

<sup>807</sup> PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 144.

<sup>808</sup> CorteIDH. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 27; la misma, *Neira Alegría y otros vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 56. Manifiesta su opinión favorable, FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., pp. 409-410.

<sup>809</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración*, cit., párr. 72.

<sup>810</sup> PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 142.

<sup>811</sup> *Íd.*, p. 141.

La concreción de esta medida debe ser justa, con lo cual la determinación del monto debe ser proporcional a la gravedad de la violación, al sufrimiento de la víctima y a las circunstancias del caso, pudiendo considerarse, por ejemplo, la duración y condiciones de la detención, la práctica de malos tratos y las repercusiones en la vida de la persona desaparecida y de sus familiares<sup>812</sup>.

La implementación de esta medida puede generar algunos problemas. Así, debe evitarse la mercantilización del dolor, con lo cual la indemnización no puede ser la única medida de reparación<sup>813</sup>. Por otra parte, es indispensable que las políticas de distribución de los recursos sean participativas y cuenten con la aprobación de las víctimas. La determinación de los beneficiarios debe hacerse en base a parámetros objetivos que eviten eventuales discriminaciones<sup>814</sup>. La transparencia es otro requisito indispensable para evitar eventuales corruptelas<sup>815</sup>.

La concesión de la indemnización no puede depender de la comprobación de la muerte de la víctima<sup>816</sup>. Por otra parte, es necesario disociar la procedencia de la indemnización de una sentencia penal condenatoria de los autores<sup>817</sup>. Asimismo, las acciones civiles destinadas a reclamar el pago de una indemnización no pueden estar sujetas a condiciones limitativas como la amnistía, una prescripción demasiado estricta o cualquier otra medida de esa índole<sup>818</sup>.

---

<sup>812</sup> CIPPDF, cit. art. 24(4). Cfr. CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 543; GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración*, cit., párr. 73; HRC, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto*, Argelia, CCPR/C/DZA/CO/3, cit., párr. 13; PACE, *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 66. Cfr. *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 20. En general, vid. CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 6.

<sup>813</sup> Cfr. CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 9; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 482; VILLÁN DURÁN, “Contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España”, cit., p. 22; ROBINS, Simon. “Towards Victim-Centred Transitional Justice: Understanding the Needs of Families of the Disappeared in Postconflict Nepal”, *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 5, 2011, pp. 91-92 y 94, refiriéndose al ejemplo concreto de Nepal. Vid. también CORTE SUPREMA DE NEPAL, *Rabindra Prasad Dhaka...*, cit., p. 338. En ese país según la CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., p. 29, el 74% de las víctimas rechazaría la indemnización si no se otorgare previamente la verdad sobre lo ocurrido, porque consideran que las compensaciones pueden ser mal utilizadas para consolidar el olvido. Para otras experiencias en que las víctimas han rechazado el pago de una indemnización, vid. PEREZ SOLLA, op. cit., p. 142.

<sup>814</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 132.

<sup>815</sup> Íd., p. 482.

<sup>816</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración*, cit., párr. 74.

<sup>817</sup> Cfr. íd., párr. 73; CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 3; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 482.

<sup>818</sup> Cfr. GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración*, cit., párr. 73; FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., pp. 414.

### 3.7.3.2. La restitución

En términos generales, la restitución tiene por objeto restablecer la situación anterior a la violación de los derechos humanos<sup>819</sup>. En el caso de la desaparición forzada, si la víctima aún permanece con vida, la restitución se cumple con su puesta en libertad. Por el contrario, si la persona desaparecida ha muerto no es posible cumplir con la restitución a su respecto, aunque se ha planteado que en ese caso la restitución consiste en la búsqueda, identificación y entrega de los restos mortales<sup>820</sup>. Finalmente, en el caso de los niños víctimas de desaparición forzada y dados ilegalmente en adopción, la restitución consiste en el restablecimiento de su verdadera identidad y la devolución a los padres o parientes biológicos<sup>821</sup>.

### 3.7.3.3. La satisfacción

La satisfacción reúne medidas de carácter simbólico que tienen por objeto reconocer y ensalzar la dignidad de las víctimas y diluir los efectos de su estigmatización<sup>822</sup>. Algunos ejemplos son la declaración oficial o judicial que restablece la dignidad de las víctimas; las disculpas públicas; las declaraciones oficiales de reconocimiento de los hechos y aceptación de la responsabilidad; las conmemoraciones y homenajes a las víctimas; las medidas educativas y de capacitación<sup>823</sup>. En ocasiones,

---

<sup>819</sup> Cfr. *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 19; CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 8.

<sup>820</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., pp. 407-408; MANERO SALVADOR, op. cit., p. 132; OTT, op. cit., p. 273; PÉREZ ACEVEDO, op. cit., p. 383; PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 140; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 86; PACE, *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 63.

<sup>821</sup> GTDFI. *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98° período de sesiones*, cit., párr. 31.

<sup>822</sup> PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 171, agregando que estas medidas también cumplen con un papel preventivo.

<sup>823</sup> *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 22. Cfr. OTT, op. cit., pp. 274-275; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 88; CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 16.

también se ha considerado que son medidas de satisfacción la sanción a los responsables<sup>824</sup> y la revelación de la verdad<sup>825</sup>.

En el ámbito de la desaparición, la satisfacción incluye la búsqueda de las personas desaparecidas, la determinación las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, la recuperación, identificación e inhumación de los restos mortales, según el deseo las víctimas y respetándose sus prácticas culturales, religiosas y comunitarias<sup>826</sup>.

#### **3.7.3.4. La rehabilitación**

La Observación General del CAT sobre el derecho a la reparación define la rehabilitación como la *“restitución de funciones o la adquisición de las nuevas competencias que requieran las nuevas circunstancias en que se encuentre la víctima [...] El objetivo es hacer posible que la víctima tenga el máximo de autonomía y de funciones y puede entrañar ajustes en su entorno físico y social. La rehabilitación de las víctimas debe centrarse en el restablecimiento, en toda la medida de lo posible, de su independencia física, mental, social y profesional y en la inclusión y participación plenas en la sociedad”*<sup>827</sup>. El CAT agrega que los Estados tienen la obligación de proporcionar medios para *“la rehabilitación más completa posible”*, consistiendo este deber en *“revertir y reparar los daños sufridos por la víctima, que tal vez nunca recupere plenamente su situación anterior, incluidas su dignidad, salud y autonomía”*<sup>828</sup>.

---

<sup>824</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 88; PACE, *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 65; FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., pp. 412-414 y 417; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 480; ROBINS, op. cit., pp. 90-91; CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 16.

<sup>825</sup> *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 22. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 88; CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 16; FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., p. 414.

<sup>826</sup> *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 22(c). Las obligaciones internacionales sobre los restos mortales de las personas desaparecidas serán tratadas en el § 3.7.5 de este Capítulo.

<sup>827</sup> CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 11. Cfr. *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 21; GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración*, cit., párr. 73.

<sup>828</sup> CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 12.

La concesión de las medidas de rehabilitación debe ser evaluada con independencia de la imposición de una sanción penal<sup>829</sup>. Se trata de una medida muy importante en materia de desapariciones, atendido a las secuelas físicas, psicológicas, jurídicas, sociales y económicas que causa a las víctimas<sup>830</sup>.

Si la persona desaparecida recobra la libertad, la rehabilitación podría consistir en atención médica y psicológica y en el otorgamiento de servicios sociales para la reincorporación a la vida cotidiana<sup>831</sup>. Los familiares de una persona desaparecida, asimismo, requerirán una atención médica y psicológica para superar el trauma que le ha significado la pérdida de su ser querido, la falta de información sobre su destino y la imposibilidad de cumplir adecuadamente con el luto<sup>832</sup>.

La atención jurídica deberá tener un doble objeto. Por un lado, debe asistirse a las víctimas en la persecución de los responsables y en la búsqueda de la verdad. Por otro lado, las víctimas necesitan asistencia técnica para resolver los problemas legales que conlleva la desaparición de su familiar en relación a diversos ámbitos, como el Derecho de familia o el Derecho hereditario.

La atención social es muy valiosa cuando la desaparición ha conllevado una estigmatización social de los familiares que a su vez ha generado exclusión social o pérdida de oportunidades<sup>833</sup>. Asimismo, si el desaparecido era quien proveía a la familia en lo económico, la atención social debería dirigirse a la generación de empleos para los familiares o a la implementación de otras medidas que sean capaces de reactivar la economía familiar<sup>834</sup>.

Los niños sufren especialmente las consecuencias psicológicas negativas que genera la desaparición de un familiar. La pérdida de un ser querido causa en los niños

---

<sup>829</sup> PÉREZ SOLLA, op. cit., pp. 156-157. Durante los trabajos preparatorios de la CIPPDF, la delegación de Alemania sostuvo una opinión contraria. Vid. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2001/69, cit., pp. 16-17.

<sup>830</sup> GÓMEZ ISA, "El fenómeno de la impunidad...", cit., p. 179.

<sup>831</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 87.

<sup>832</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 274; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 134; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 87. En cambio, PACE, *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 63, considera que la atención médica, psicológica y social corresponden a medidas de restitución.

<sup>833</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 134.

<sup>834</sup> *Íd.*, pp. 133-134. Cfr. ROBINS, op. cit., p. 90, refiriéndose al contexto de las desapariciones en Nepal.

una sensación de abandono que puede adentrarles en un ensimismamiento profundo y aislante. En muchos casos de desapariciones, se ha comprobado que una de las vías de escape para paliar este dolor termina siendo el abuso de drogas y alcohol<sup>835</sup>. También es particular la situación psicológica de los niños que nacieron durante el cautiverio de la madre y que luego fueron dados en adopción. Las consecuencias psicológicas que se producen al descubrir la verdad sobre lo ocurrido pueden ser devastadoras y obligan al afectado a reelaborar su identidad y recomenzar una nueva vida<sup>836</sup>. Este tipo de situaciones demuestra que los niños requieren una atención especializada<sup>837</sup>.

### 3.7.3.5. Las garantías de no repetición

Las garantías de no repetición tienen por objeto prevenir la comisión de la desaparición forzada<sup>838</sup>. Por tanto, se trata de una medida de reparación íntimamente vinculada con la obligación de prevención<sup>839</sup>.

Aunque algunos sostienen que la cesación de una violación consiste en una garantía de no repetición<sup>840</sup>, es más adecuado diferenciar ambas cuestiones. La cesación consiste en la finalización de la violación y se produce con la puesta en libertad de la persona desaparecida o, si ésta ha fallecido, con la revelación de información sobre lo ocurrido<sup>841</sup>. En cambio, las garantías de no repetición tienen por objeto reparar a las víctimas evitando la comisión de desapariciones.

En general, son ejemplos de garantías de no repetición: el ejercicio de un control de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que

---

<sup>835</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 134-136. Cfr. CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., pp. 19-20.

<sup>836</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 136.

<sup>837</sup> GTDFI. *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 12.

<sup>838</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración*, cit., párr. 75.

<sup>839</sup> PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 160. Sobre el papel preventivo de la reparación vid. CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párrs. 6 y 18. La obligación de prevención ha sido abordada en el presente Capítulo, § 3.4.

<sup>840</sup> OTT, op. cit., p. 275; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 89.

<sup>841</sup> Cfr. RIVIER, Raphaële. "Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: Inter-American Mechanisms", en *The Law of International Responsibility*, cit., p. 750; FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., p. 406; OTT, op. cit., p. 275; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 89.

todos los procedimientos civiles y militares se ajusten a las normas internacionales sobre las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la protección de los profesionales del Derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de derechos humanos; la educación sobre derechos humanos y la capacitación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; la promoción de la observancia de los códigos de conducta y normas éticas; la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver conflictos sociales; la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones a los derechos humanos<sup>842</sup>.

En general, se suele afirmar que la tipificación penal de la desaparición y la condena de los responsables también son garantías de no repetición<sup>843</sup>. Sin embargo, la tipificación penal es insuficiente, siendo indispensable que los Estados incorporen en su legislación las medidas que contribuyan a prevenir la desaparición y que deroguen las normas que podrían facilitar su comisión o generar la impunidad de los responsables<sup>844</sup>.

Analizadas las diversas medidas reparatoras y las peculiaridades de su aplicación a casos de desapariciones, ha llegado el momento de tratar el derecho a la verdad, un derecho que aunque cumple con una finalidad reparatora, se ha ido consolidando como un derecho autónomo.

#### **3.7.4. El derecho a la verdad**

En el mismo artículo destinado a la reparación, la CIPPDF consagra el derecho a la verdad, prescribiendo que “[c]ada 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

---

<sup>842</sup> *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 23. Cfr. CAT, *Observación general N° 3 (2012)*, cit., párr. 18; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 380, refiriéndose al efecto preventivo de las medidas de capacitación y educación; CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., p. 37, sobre la incorporación al ordenamiento interno del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional de los derechos humanos.

<sup>843</sup> Cfr. OTT, op. cit., p. 275; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 301; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 89.

<sup>844</sup> PÉREZ SOLLA, op. cit., pp. 173-174.

medidas adecuadas a este respecto”<sup>845</sup>. Asimismo, en el Preámbulo se hace referencia al “derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida”. Se trata del primer reconocimiento convencional del derecho a la verdad en el ámbito de los derechos humanos, otro logro de la Convención que requiere beneplácito<sup>846</sup>.

Los titulares de este derecho son las víctimas de la desaparición forzada<sup>847</sup>. Sin embargo, se trata de un derecho que también tiene una naturaleza colectiva, porque el descubrimiento de la verdad beneficia a la sociedad en su conjunto<sup>848</sup>. Son pertinentes las palabras de JOINET, cuando argumenta que “al Estado le incumbe, el «deber de recordar», a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse. Tales son los principales objetivos del derecho a saber como derecho colectivo”<sup>849</sup>.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de un derecho autónomo<sup>850</sup>, tal como ha sido reconocido por el GTDFI en su *Comentario General sobre el derecho a la*

---

<sup>845</sup> Para consultar los trabajos preparatorios sobre esta disposición, cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 80; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 14 y 104; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párrs. 140-141.

<sup>846</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 138; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 104. En el Derecho internacional humanitario la obtención de la verdad tiene una regulación especial, tal como ha sido explicado brevemente en el Capítulo I, § 3.7.

<sup>847</sup> Cfr. MCCRORY, op. cit., p. 557; LINGHAMMAR, op. cit., p. 22; OTT, op. cit., p. 269; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 86; CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párr. 35.

<sup>848</sup> Cfr. ALIJA/CALVET, op. cit., p. 111; FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., pp. 417; GÓMEZ ISA, “El fenómeno de la impunidad...”, cit., p. 169; OTT, op. cit., p. 270; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 359; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 138 y 341-342; CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. E/CN.4/2006/91 (9 de enero de 2006), párr. 36; GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), pp. 13-18, párr. 5 del Preámbulo; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. A/HRC/16/48, cit., párr. 571; CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDEADE, párr. 30; la misma, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 77; la misma, *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, cit., párr. 114.

<sup>849</sup> CDH, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos*. Informe final 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 (26 de junio de 1997), párr. 17.

<sup>850</sup> SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 353.



verdad en relación con las desapariciones forzadas<sup>851</sup> y, en términos más generales, por la CDH en su *Estudio sobre el derecho a la verdad*<sup>852</sup>. Su consagración expresa en la CIPPDF confirma el carácter autónomo de este derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, la revelación de la verdad también cumple un papel reparador<sup>853</sup>. No debe olvidarse que los tres pilares de la justicia transicional –la verdad, la reparación y la justicia– están ligados entre sí por un vínculo indisoluble, de modo que “*en cuanto uno de estos elementos se intenta limitar, los otros sufren irremediablemente*”<sup>854</sup>. También se ha sostenido que la revelación de la verdad tiene un efecto preventivo, cuestión íntimamente relacionada con la dimensión colectiva de este derecho. En efecto, la revelación de la verdad genera un efecto disuasorio, promueve instancias de reconciliación y concientiza a la sociedad sobre la gravedad de las violaciones a los derechos humanos<sup>855</sup>.

Sin embargo, el derecho a la verdad no nació como un derecho autónomo, ya que ha sido asimilado a otros derechos, como el derecho a un recurso y el derecho de acceso a la justicia<sup>856</sup>. También se lo ha asociado con el derecho a la salud, el derecho a

---

<sup>851</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 1 del Preámbulo párr. 3.

<sup>852</sup> CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párr. 21.

<sup>853</sup> Cfr. GÓMEZ ISA, “El fenómeno de la impunidad...”, cit., pp. 168-169; OTT, op. cit., p. 269; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 359; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 340-341; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párrs. 79 y 88; *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 22(b), indicando que se trata de una medida de satisfacción; CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párrs. 42, 56 y 57; CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 30; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 76; la misma, *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas, párr. 114; *Vera Vera y otra vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226, párr. 123.

<sup>854</sup> Esta interrelación viene denominada integralidad externa. Cfr. GÓMEZ ISA. “Retos de la Justicia Transicional en contextos no transicionales: el caso español”, en *Justicia de Transición: el caso de España*. cit., p. 182; el mismo, “Justicia, verdad y reparación en el proceso de desmovilización paramilitar en Colombia”, en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.), *Colombia en su laberinto. Una mirada al Conflicto*. Madrid: Catarrata, 2008, p. 95; el mismo, “El fenómeno de la impunidad...”, cit., p. 177.

<sup>855</sup> Cfr. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cit., principio 2; CDH, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos*, E/CN.4/Sub.2/1997/20, cit., párr. 17; la misma, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párr. 23; GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párrs. 5-8 del Preámbulo; GÓMEZ ISA, “Desmovilización paramilitar en Colombia: Entre la paz y la justicia”, *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE). Documentos de Trabajo*, nº 57, abril 2008, p. 8; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 341-342.

<sup>856</sup> Cfr. REMOTTI CARBONELL, op. cit., p. 318; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 332; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 79; la misma, CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*.

la vida familiar, la prohibición de la tortura, la obligación general de garantía e incluso la transparencia en los asuntos públicos<sup>857</sup>. Sin embargo, con el transcurso del tiempo el derecho a la verdad se ha consolidado como un derecho independiente.

Pese a ello, en el marco de la desaparición forzada es pertinente destacar los matices que diferencian este derecho, del derecho a la información y de la obligación de investigación. Entre el derecho a la verdad y el derecho a la información es posible destacar una diferencia temporal. El derecho a la verdad opera con posterioridad a la comisión de una desaparición forzada, a fin de que se revele lo ocurrido. En cambio, el derecho a la información pretende evitar que se concrete una desaparición, habilitando a los interesados para acceder a la información sobre la situación de una persona privada de libertad<sup>858</sup>. Durante la negociación de la Convención Internacional la delegación norteamericana sostuvo enfáticamente que el derecho a la verdad equivalía al derecho a la información y que por esta razón no debería haber sido incluido en el tratado<sup>859</sup>, postura que no puede ser compartida debido a las diferencias existentes entre ambos derechos<sup>860</sup>.

Por su parte, la revelación de la verdad tampoco debe ser confundida con la obligación de investigación, aunque existen ciertas relaciones entre ambas instituciones. Otorgar la verdad sobre lo ocurrido no exime al Estado de realizar una investigación judicial para sancionar a los responsables<sup>861</sup>. La verdad tiene una finalidad reparadora y

---

Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párrs. 23, 25, 42, 56 y 57; CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 30 y 32; la misma, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 75.

<sup>857</sup> CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párrs. 25-27, 29, 42, 44-45, 56 y 57.

<sup>858</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 2. Cfr. CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párrs. 29 y 43; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 88.

<sup>859</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., Anexo II, p. 51. Cfr., la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 14.

<sup>860</sup> Los *Principios y Directrices sobre reparación*, cit., principio 24, también diferencian expresamente ambos derechos.

<sup>861</sup> Cfr. ALJIA/CALVET, op. cit., p. 111; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 344. Cfr., también, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cit., principio 4; CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párrs. 10, 42, 45, 56 y 57; GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 8, admitiendo que las limitaciones del derecho a la verdad no deberían menguar la satisfacción del derecho a la justicia, aunque luego concluye que ambos derechos podrían estar sujetos a ciertas limitaciones en favor de la paz o la reconciliación. También la CorteIDH diferencia con claridad ambos derechos. Vid. *Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n° 34, párr.

preventiva, pero además tiene por objeto satisfacer una pretensión autónoma de las víctimas que consiste en saber lo sucedido. En cambio, la finalidad principal de una investigación es habilitar el procesamiento y la eventual sanción de los responsables. Sin perjuicio de lo anterior, la investigación también puede contribuir al descubrimiento y revelación de la verdad.

La búsqueda de la verdad se plantea en la práctica internacional como una obligación de diligencia debida. Si bien en algunos contextos la obtención de la verdad puede ser dificultosa, la obligación del Estado consiste en emplear razonablemente todas las medidas que estén a su alcance para intentar descubrirla<sup>862</sup>.

Finalmente y como última observación en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho a la verdad, debe subrayarse que se trata de un derecho inderogable<sup>863</sup> e imprescriptible<sup>864</sup>, aunque la CIPPDF no lo mencione expresamente.

Ahora bien, ¿qué debe revelarse a las víctimas y a la sociedad cuando la violación es una desaparición forzada? ¿Cuál es el contenido de la verdad en esos casos? Según la Convención, el derecho a la verdad abarca “*las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la*

---

90. Sin embargo, en algunas sentencias ha afirmado que el derecho de la verdad se fusiona con el derecho al recurso y las obligaciones de investigar y sancionar, en los términos de los arts. 8 y 25 de la CADH. Vid. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 75.

<sup>862</sup> Cfr. CALVET MARTÍNEZ, op. cit., pp. 540-541; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 343, 397-398, 478-479 y 493, aunque en la p. 478 concluye que se trata de una obligación de resultado. En la práctica internacional, cfr. GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 5; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, A/HRC/16/48, cit., párr. 572; CorteIDH, *Castillo Páez vs. Perú*, op. cit., párr. 90; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, op. cit., párrs. 113 y 117.

Cabe señalar que durante la redacción de la Convención la expresión “medidas adecuadas” fue preferida a “medidas necesarias”. Sin embargo, esta modificación no puede significar una atenuación en la obligación que tiene cada Estado de revelar la verdad. Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 141.

<sup>863</sup> Cfr. GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 4; *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cit., principios 1 y 2; CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párrs. 43-45, 55 y 60, argumentando que la inderogabilidad del derecho a la verdad se fundamenta en la relación existente entre este derecho y otros derechos inderogables, como la prohibición de la tortura y el derecho a la interposición de recursos tales como el *habeas corpus*; OTT, op. cit., p. 270; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 359; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 87-88 y 342.

<sup>864</sup> *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cit., principio 4.

*persona desaparecida*”<sup>865</sup>. El contenido del derecho viene fijado en términos amplios, siendo necesario determinar si la persona desaparecida ha fallecido y las circunstancias que rodearon su muerte. Es importante saber los motivos que explican la desaparición y asesinato de la víctima y los antecedentes circunstanciales, entre otros, el lugar y la fecha en que fue arrestada, la determinación de los centros de detención, las condiciones de la detención, la fecha y causa de muerte, la identidad de los autores y el paradero de los restos mortales<sup>866</sup>.

Sin embargo, ¿es obligatorio revelar todos esos antecedentes o el contenido del derecho a la verdad tiene una esencia más acotada? En otras palabras, ¿qué antecedentes mínimos deben revelarse para que este derecho se entienda jurídicamente satisfecho? En el caso de las desapariciones, puede servir como punto de referencia el contenido de la conducta denegatoria de información. Debe recordarse que ese comportamiento se refiere al destino y paradero de la víctima. Pues bien, una mínima satisfacción del derecho a la verdad requiere que se revele si la persona está viva o muerta y que se indique en qué lugar se encuentran sus restos mortales. Mediante el otorgamiento de información sobre estos antecedentes se pone fin a la conducta denegatoria, se satisface mínimamente el derecho a la verdad y se otorga a las víctimas un mínimo consuelo, permitiéndoles enfrentar el luto. Desde luego, conocer el resto de los antecedentes también es importante, pero la esencia de la desaparición forzada estriba en la falta de información sobre el destino y paradero de la víctima<sup>867</sup>.

La satisfacción del derecho a la verdad adquiere una especial importancia respecto de niños víctimas de desaparición forzada. La protección del derecho a la identidad personal de esta categoría de víctimas depende insoslayablemente de la revelación de la verdad sobre lo ocurrido y de la identificación de los padres biológicos<sup>868</sup>. Asimismo, la verdad es esencial para evaluar la legalidad de la adopción,

---

<sup>865</sup> En términos similares, vid. GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 1.

<sup>866</sup> Cfr. MCCRORY, op. cit., pp. 557-558; OTT, op. cit., pp. 269-270; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 342; CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párr. 3.

<sup>867</sup> Según el estudio de la CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., p. 11, la principal preocupación de las víctimas era la de saber si la persona desaparecida seguía o no con vida.

<sup>868</sup> CDH, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, cit., párr. 27.

aunque el GTDFI ha requerido cierta cautela al respecto, subrayando la necesidad de priorizar el interés superior del niño<sup>869</sup>.

### **3.7.5. Las obligaciones internacionales sobre la protección de los restos mortales de las personas desaparecidas**

En el artículo 24(3) de la CIPPDF se exige que se adopten las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos. Se trata del primer tratado internacional de derechos humanos que hace referencia expresa a la protección de los restos mortales<sup>870</sup>.

Si bien en la práctica se ha considerado que la identificación y entrega de los restos mortales de las víctimas constituye una forma de reparación<sup>871</sup> o una

---

<sup>869</sup> GTDFI. *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 7.

<sup>870</sup> Los trabajos preparatorios sobre esta disposición pueden consultarse en CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 107. El Derecho internacional humanitario destina una especial protección a los restos mortales. Cfr. arts. 17 del ICG y 130 del IVCG, ambos sobre inhumación e incineración de los cadáveres y art. 34 del PICG, sobre el respeto de restos y sepulturas y sobre la práctica de exhumaciones. También se refieren a la protección de los restos mortales los *Principios Rectores de los desplazamientos internos*, en CDH. *Intensificación de la Promoción y el Fomento de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en particular la Cuestión del Programa y los Métodos de Trabajo de la Comisión Derechos Humanos, Éxodos en Masa y Personas Desplazadas*. Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. DENG, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición. E/CN.4/1998/53/Add.2 (11 de febrero de 1998), principio 16(3) y (4): “3. *Las autoridades competentes tratarán de recoger e identificar los restos mortales de los fallecidos, evitar su profanación o mutilación y facilitar la devolución de esos restos al pariente más próximo o darles un trato respetuoso. 4. Los cementerios de desplazados internos serán protegidos y respetados en toda circunstancia. Los desplazados internos tendrán derecho de acceso a los cementerios de sus familiares difuntos*”. Vid. también la *Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático*, adoptada en París el 2 de noviembre de 2001 y entrada en vigor el 2 de enero de 2009, *UNTS*, vol. 2399, p. 361, art. 2(9): “*Los Estados Partes velarán por que se respeten debidamente los restos humanos situados en las aguas marítimas*”.

Hay algunas reflexiones que provienen del cine documental en relación con la problemática de los restos de las personas desaparecidas. Se sospecha que en el desierto de Atacama aún yacen enterrados los restos de personas desaparecidas durante la dictadura chilena. Algunos familiares vagan por el desierto en una incesante búsqueda de esos restos. Extrañamente, en esa misma zona geográfica, hay otras búsquedas relacionadas con el pasado, emprendida por astrónomos y arqueólogos. De estas y otras cosas, habla el estremecedor documental *Nostalgia de la luz* [DVD]. Director: Patricio GUZMÁN. Producción: Jirafa/Atacama Production, s.f. (2010), que aporta testimonios de algunas víctimas especialmente interesantes para la problemática de los restos. Vid., también, *Fernando ha vuelto* [DVD]. Director: Silvio CAIOZZI. Producción: Caiozzi y García Ltda., s.f. (1998), sobre el proceso de identificación y entrega de los restos de Fernando Olivares Mori, funcionario de Naciones Unidas desaparecido durante la dictadura chilena, cuyos restos fueron encontrados en el Patio 29 del Cementerio General de Santiago en 1991.

<sup>871</sup> Cfr. CRETOL/LA ROSA, op. cit., p. 382; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 392; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK,

manifestación del derecho a la verdad<sup>872</sup>, es evidente que en la CIPPDF ha sido concebido como un derecho autónomo<sup>873</sup>.

La satisfacción de este derecho obliga, por un lado, a evitar que los restos de las víctimas sean destruidos y ocultados y, por otro lado, a que los restos sean tratados respetuosamente en todo momento, especialmente, durante la realización de los procesos de exhumación, identificación, conservación y entrega a los familiares<sup>874</sup>.

En ese orden de ideas, la exhumación debe realizarse por profesionales forenses de acuerdo con protocolos objetivos, para garantizar el éxito de la extracción e identificación de los restos con el mínimo de perjuicios<sup>875</sup>. La identificación también

---

E/CN.4/2002/71, cit., párr. 87. En la práctica internacional, la CorteIDH ha asumido esta posición en varias sentencias, v. gr., *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrs. 265-267; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 76 y voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 14; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 271; *Neira Alegría y otros vs. Perú*, cit., párr. 69; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, cit., párr. 114.

<sup>872</sup> Cfr. CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 31; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, A/HRC/16/48, cit., párr. 572.

<sup>873</sup> En la doctrina asumen esta posición FERNÁNDEZ SOLA, op. cit., pp. 403 y 405; OTT, op. cit., p. 271; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 369. En la práctica internacional, cfr. GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 6; CorteIDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párrs. 265 y 267; la misma, *Castillo Páez vs. Perú*, cit., párr. 90; la misma, *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, cit., párr. 4.

<sup>874</sup> Cfr. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 132; CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., p. 36. En la práctica, cfr. CorteIDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párr. 265; la misma, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, párr. 81; la misma, *Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 121. Vid. también TEDH, *Khadzhaliyev and Others vs. Russia*, cit., párr. 121, argumentando que el descuartizamiento y decapitación de los cadáveres de las víctimas habían imposibilitado el hallazgo de la totalidad de los restos mortales, generando un gran sufrimiento a los familiares, suficiente para satisfacer el umbral de la tortura y los malos tratos.

<sup>875</sup> CRETOL/LA ROSA, op. cit., p. 358, advirtiendo que antes de realizar una exhumación debe estudiarse si se cuenta con los medios, los profesionales y los recursos para cumplir con esta práctica y que deben evitarse situaciones bochornosas acontecidas en la práctica, por ejemplo, el reentierro de los cadáveres sin que hayan sido identificados. A su vez, autores como OTT, op. cit., p. 235 y VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 142, n. 112, recuerdan que uno de los objetivos de las exhumaciones puede ser la recolección de pruebas para un juicio.

Cfr. CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 82, imponiendo como medida de satisfacción la implementación de un programa nacional de exhumaciones; la misma, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 173-178; HRC. *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto*. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. España. CCPR/C/ESP/CO/5 (5 de enero de 2009), párr. 9. Para el proceso de exhumaciones en el contexto del conflicto de la Ex-Yugoslavia, vid. HRCBH, *Selimović et al. Against The Republika Srpska (Srebrenica Cases)*, 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,

debe practicarse por funcionarios con las competencias científicas suficientes y de acuerdo con un procedimiento objetivo. Existen varios procedimientos de identificación, aunque los más precisos son los que recurren a la identificación genética<sup>876</sup>. Finalmente, la entrega de los restos debe realizarse respetando la dignidad de la persona desaparecida y de los familiares. Es aconsejable que se consulte a los familiares si quieren recibir la entrega de los restos y de qué manera quieren hacerlo, respetándose la voluntad de las víctimas y sus costumbres religiosas y culturales<sup>877</sup>. El traslado de los restos debe realizarse al lugar elegido por las víctimas y sin costo alguno para ellas<sup>878</sup>.

Ahora bien, el problema de los restos mortales de las personas desaparecidas puede asumir un matiz peculiar respecto de víctimas integrantes de un pueblo o una comunidad en que se presta especial importancia al rito fúnebre. Tal como reseña la CorteIDH en la sentencia *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, según las creencias del pueblo maya el rito fúnebre asegura la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones futuras y los antepasados<sup>879</sup>. Asimismo, en el caso *Blake vs. Guatemala*, la Corte concluyó que la incineración de los restos mortales de las víctimas atentaba a los valores culturales de la sociedad guatemalteca<sup>880</sup>. CANÇADO TRINDADE ha expresado en un conjunto de votos razonados que el Derecho se preocupa de regular las consecuencias jurídicas de la muerte y de tutelar los restos mortales de un ser

---

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, 7 de marzo de 2003, párrs. 118-119.

<sup>876</sup> ROBINS, op. cit., pp. 87-88. En la práctica internacional, cfr. CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 175-176 y 273; GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 6; HRC, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto*. España. CCPR/C/ESP/CO/5, cit., párr. 9; HRCBH, *Srebrenica Cases*, cit., párr. 118. Muy interesante es lo que se plantea en el estudio de la CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., pp. 15-16, explicando que las víctimas no confían en la identificación por medio de la información genética, porque debido a sus costumbres culturales prefieren una prueba más visible, por ejemplo, la entrega de los restos mortales.

<sup>877</sup> Cfr. NOWAK, “Disappearances in Bosnia-Herzegovina”, cit., p. 114; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 141 y 492; CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 273; “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 102; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, cit., párr. 115; GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 6.

<sup>878</sup> CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 82; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 273; “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 102 y punto resolutivo n° 6.

<sup>879</sup> CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, párr. 92; la misma, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 24.

<sup>880</sup> CorteIDH, *Blake vs. Guatemala*. Fondo, párr. 115.

humano<sup>881</sup>. En ese orden de ideas, el transcurso del tiempo tiende a acercar los vivos con los muertos, de modo que los restos mortales requieren de una protección legal aunque la subjetividad jurídica del fallecido se haya extinguido con la muerte<sup>882</sup>. CANÇADO TRINDADE también destaca la importancia del rito fúnebre, una práctica que está presente en todas las culturas y religiones, que representa un punto de encuentro entre las generaciones, preserva una cultura integrada y posibilita que los hijos y nietos asimilen la experiencia acumulada<sup>883</sup>. Además, es un medio para enfrentar el luto, al permitir la aceptación de la fatalidad de la muerte y, en alguna medida, es una vía de alivio a la angustia que se experimenta a causa de la misma<sup>884</sup>. En definitiva, la protección de los restos mortales es una proyección del respeto que se le debe a la dignidad humana<sup>885</sup>.

La titularidad de este derecho corresponde a los familiares del desaparecido, aunque OTT incluye la persona desaparecida, porque pese a estar muerta, el ocultamiento y maltrato de sus restos configuran un atentado a su dignidad. La autora holandesa también incluye a la sociedad entre los titulares, porque es necesario saber qué ha ocurrido con los restos de la persona desaparecida para poder asumir y enfrentar las violaciones del pasado<sup>886</sup>.

---

<sup>881</sup> CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 9-13; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 2; “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 25.

<sup>882</sup> CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 12-15; la misma, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., Voto Razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrs. 6, 8 y 20; “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 26-27.

<sup>883</sup> CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 7-8; la misma, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 9. Cfr. CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., pp. 14 y 16.

<sup>884</sup> CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 20; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 20; *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párr. 269.

<sup>885</sup> CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 81 y Voto Razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 13 y 22.

<sup>886</sup> OTT, op. cit., p. 271. Cfr. SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 369; CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 76; la misma, *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, cit., párr. 114.



Las obligaciones internacionales relacionada con la protección y el respeto de los restos se plantean en la CIPPDF en términos de debida diligencia, planteamiento que es coincidente con la práctica internacional<sup>887</sup>.

### 3.7.6. La situación legal de la persona desaparecida y sus familiares

La desaparición de una persona genera un abanico de problemas jurídicos para sus familiares en lo que se refiere a la protección social, la economía familiar, el Derecho de familia, el derecho de propiedad, el Derecho de seguros y el Derecho hereditario. Tras la desaparición, los familiares suelen tener serias dificultades para desempeñar la “vida jurídica” con normalidad. Por ejemplo, no pueden disponer de los bienes del desaparecido, ni cobrar seguros, ni contraer un nuevo matrimonio<sup>888</sup>. A causa de estas dificultades y de la imposibilidad de que el desaparecido pueda ejercer sus derechos, la CorteIDH ha concluido que la desaparición forzada vulnera el derecho a la personalidad jurídica<sup>889</sup>.

En términos estrictamente jurídicos, la desaparición forzada no es equivalente a la muerte, sino que se trata de una situación “limbo” que impide la generación de todos los efectos jurídicos que desencadena la muerte de una persona. Lo anterior genera una serie de inconvenientes para la situación legal de los familiares, porque en muchos casos se niegan a recurrir a los mecanismos generales de declaración de muerte presunta, al conservar la esperanza de que su ser querido se encuentre todavía con vida.

---

<sup>887</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párr. 271; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 82; *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 58; *Castillo Páez vs. Perú*, cit., párr. 90; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 270-272; “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 102 y punto resolutivo n° 6; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, cit., párrs. 116-117. Cfr., también, TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 166; GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 6; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/2006/56, cit., párr. 299; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. A/HRC/16/48, cit., párr. 572.

<sup>888</sup> Cfr. CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 545; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 134; CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., pp. 25, 33-34 y 36. Por ejemplo, el HRC, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto*. Argelia. CCPR/C/DZA/CO/3, cit., párr. 13, criticó el hecho de que el pago de la indemnización como medida de reparación se sujetare a la presentación de un certificado de defunción de la persona desaparecida.

<sup>889</sup> CorteIDH. *Anzualdo Castro vs. Perú*, cit., párrs. 100-103. En contra, íd., Voto razonado del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párrs. 24-32, argumentando que la persona desaparecida sigue siendo titular de sus derechos, aunque no pueda hacer valer su capacidad de ejercicio.

La CIPPDF exige a los Estados la adopción de medidas tendientes a solucionar estos problemas, aunque no detalla en qué deben consistir<sup>890</sup>. Para el diseño de una normativa racional y prudente sobre esta problemática, pueden servir de guía los *Principios sobre personas desaparecidas y presunción de muerte* elaborados en el marco del Consejo de Europa. Aunque se refieren a las personas desaparecidas por cualquier razón, estos principios contienen criterios que pueden ser orientativos para solucionar los obstáculos legales aludidos. En cuanto al ámbito de aplicación, los Principios aclaran que la declaración de muerte presunta puede proceder si la muerte de una persona se considera cierta, o si es razonable concluir que la muerte es probable, o si su desaparición no puede ser atribuida a otra causa diferente de la muerte, aunque no pueda concluirse con certeza que la persona haya fallecido<sup>891</sup>.

Asimismo, aclara que la solicitud de muerte presunta puede ser promovida por cualquier persona que tenga un interés legítimo<sup>892</sup>. Los Principios se atreven a fijar plazos tras cuyo vencimiento es posible solicitar esta declaración, diferenciando dos casos. Si la muerte de una persona puede considerarse cierta, el plazo es de un año, mientras que si la muerte de la persona es incierta, el plazo es de siete años<sup>893</sup>.

Si bien los Principios asumen que la declaración de muerte presunta genera los mismos efectos jurídicos de la muerte, contemplan una disposición en la que se sugiere a los Estados adoptar las medidas necesarias para anular la declaración de muerte y proteger los derechos del desaparecido y de terceros afectados por la declaración de muerte, para los casos en que el desaparecido vuelve o se obtiene información que demuestra que está con vida<sup>894</sup>.

Quizás éste sea el punto más delicado para los casos de desapariciones forzadas, porque los familiares de las víctimas se niegan a aceptar que se declare la muerte de su ser querido, dado que la falta de información sobre la víctima deja abierta la esperanza de que se encuentre con vida, pese a que las circunstancias permitan presumir lo

---

<sup>890</sup> Crítica la vaguedad de la disposición, VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 91-92.

<sup>891</sup> *Principles concerning Missing Persons and the Presumption of Death*, Consejo de Europa, Comité de Ministros, recomendación CM/Rec(2009)12, 9 de diciembre de 2009, Principle 1.

<sup>892</sup> Íd., Principle 3

<sup>893</sup> Íd., Principle 4

<sup>894</sup> Íd., Principles 6 y 7.

contrario<sup>895</sup>. Es importante, entonces, crear instituciones jurídicas que sean respetuosas de esta pretensión de las víctimas, siendo razonable la creación de un status jurídico especial de persona desaparecida, incluso con un carácter provisional<sup>896</sup>. Por ejemplo, en países como Chile, Argentina, Uruguay, Brasil y Perú se han promulgado leyes especiales que establece un procedimiento judicial para la declaración de ausencia de las personas desaparecidas<sup>897</sup>.

### 3.7.7. El derecho a formar parte de una organización de víctimas

La CIPPDF también realiza un “tácito homenaje”<sup>898</sup> a las organizaciones de familiares de personas desaparecidas, al consagrar en el artículo 24(7) el derecho de toda persona a formar parte de una organización de esta naturaleza. La cuestión no ha sido tratada en los otros instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas.

La disposición no puede sino ser bienvenida, atendido al importante papel desempeñado por dichas organizaciones en la búsqueda de los desaparecidos y en la intermediación ante entidades internacionales y nacionales para promover reacciones normativas e institucionales contra la desaparición<sup>899</sup>. Estas organizaciones cumplen un

---

<sup>895</sup> Por ejemplo, en el estudio de la CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., pp. 17-18, un 80% de las víctimas demostró ambigüedad cuando se le preguntó sobre lo que creían que había ocurrido con la persona desaparecida. Este dato demuestra que los familiares no aceptan fácilmente la muerte de la persona desaparecida, aunque los hechos induzcan a presumir lo contrario.

<sup>896</sup> Cfr. GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párrs. 12 y 18; el mismo, *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 30. En doctrina, cfr. MCCRORY, op. cit., pp. 558-559. Cfr. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 482.

<sup>897</sup> Cfr., respectivamente, Ley 20.377, *sobre declaración de ausencia por desaparición forzada de personas*, publicada el 8 de febrero de 2012 (Chile); Ley N° 17.894, *Personas cuya desaparición forzada resultó confirmada por el Anexo 3.1 del informe final de la Comisión para la Paz*, publicada el 19 de septiembre de 2005 (Uruguay); Ley 24.321, *Regulación de la ausencia de personas por desaparición forzada*, publicada el 10 de junio de 1994 (Argentina); Lei N° 9.140, *Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências*, 4 de diciembre de 1995 (Brasil); Ley 28.413, *Que regula la ausencia por desaparición forzada durante el período 1980-2000*, 24 de noviembre de 2004 (Perú).

<sup>898</sup> MCCRORY, op. cit., p. 559.

<sup>899</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 114. Cfr. GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 35. En doctrina vid. STEVENS, op. cit., p. 382; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., pp. 346-347; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 87.

papel protagónico durante los procesos de negociación de reparaciones, dado que representan interlocutores que tienen legitimidad para negociar<sup>900</sup>.

Las organizaciones pueden desempeñar un importante papel en las actividades que deben desempeñar los Estados Partes ante el CED. De hecho, este órgano de supervisión ha alentado a los Estados a favorecer la participación de la sociedad civil en la implementación de las observaciones formuladas a los informes anuales y en la preparación de la información sobre dicha implementación<sup>901</sup>.

### **3.8. Obligaciones especiales sobre niños afectados por la desaparición forzada**

La desaparición forzada de personas asume un matiz escalofriante, sórdido y lúgubre cuando sus víctimas son niños. Desafortunadamente y por mucho que cueste aceptarlo, la realidad de la desaparición demuestra que los niños pueden verse afectados por este ilícito de muy diversas maneras. Según el GTDFI, “[l]a desaparición forzada de un niño constituye una exacerbación de la vulneración de los múltiples derechos protegidos por la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y una forma extrema de violencia contra los niños”<sup>902</sup>.

Recordemos que en la práctica se han presentado casos de niños desaparecidos. Asimismo, otra forma de afectación dice relación con la apropiación ilegal de niños que han sido secuestrados o han nacido durante el cautiverio de la madre. Finalmente, los niños que tienen algún vínculo de parentesco o una especial cercanía con la persona desaparecida, también pueden ser considerados víctimas por sufrir un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición<sup>903</sup>.

---

<sup>900</sup> GÓMZ ISA, “El fenómeno de la impunidad...”, cit., pp. 180-181.

<sup>901</sup> Cfr. CED. *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párrs. 39 y 42; el mismo, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párrs. 40 y 43. Vid., también, CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., p. 37.

<sup>902</sup> GTDFI, *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 1 del Preámbulo.

<sup>903</sup> GTDFI, *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párrs. 1-5, agregando otras situaciones que podrían generar la desaparición de niños, como el secuestro de los niños migrantes, la trata, el reclutamiento forzado y los conflictos armados.

Los niños víctimas desaparición forzada sufren la afectación de un conjunto de derechos específicos consagrados en la CRC: el derecho a un nombre (art. 7), el derecho a conocer a los padres (art. 7), el derecho a no ser separado de ellos (art. 9) y el derecho a la identidad (art. 8). También sufren la afectación de derechos más generales, como el derecho a la integridad física y psíquica algunos derechos económicos sociales y culturales<sup>904</sup>.

El derecho a la identidad se ve especialmente afectado en el caso de niños desaparecidos o niños hijos de personas desaparecidas y luego dados en adopciones ilegales. En esos caso, generalmente, la ilegalidad de la adopción va acompañada de la falsificación de los registros de nacimientos del niño, con lo cual se imposibilita a la propia víctima la posibilidad de conocer su identidad biológica y de buscar a sus progenitores, impidiéndose también a los familiares buscar al niño y ejercer los recursos legales para restablecer su identidad. La afectación del derecho a la identidad, a su vez, puede conllevar la vulneración de otros derechos, como el derecho a una nacionalidad o el derecho a la personalidad jurídica<sup>905</sup>.

Además, el niño apropiado que luego descubre su verdadera identidad biológica y el origen ilícito de la adopción, suele sufrir una grave crisis de identidad que afecta su bienestar psicológico. Alicia LO GIUDICE, psicóloga experta en esta materia, explica que se trata de personas a las que durante largos años se les ocultó el origen del vínculo familiar, dejándoles vivir “*en un estado de excepción sin saberlo, despojados de su nombre, de su familia, de su historia*”, sufriendo el “*estrageo que produce una filiación falsificada, sostenida en una mentira acerca de su origen, en donde se niega la práctica del secuestro y apropiación, que incluyó una filiación basada en el asesinato de los*

---

Una vez más, el cine puede servir de ayuda para comprender cómo la desaparición forzada puede afectar a los niños. Por ejemplo, *La historia oficial* [DVD]. Director: Luis PUENZO. Producción: Historias Cinematográfica/Progress Communications. Distribución: JRB, 2004 (1985), es una película que retrata un típico caso de apropiación ilegal en Argentina; *Eva y Lola* [DVD]. Directora: Sabrina FARJI. Producción: Cooperativa de Trabajo Felei/Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA)/Zoelle Producciones. Distribución: AVH, 2010 (2010), relata una historia de ficción en que una chica ayuda a su amiga en la búsqueda de la identidad de sus padres desaparecidos; *Verdades verdaderas. La vida de Estela* [DVD]. Director: Nicolás GIL LAVEDRA. Producción: Aleph Media. Distribución: Cameo Media S.L., 2013 (2011), basada en la vida de Estela Barnes de Carlotto, actual presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo, cuya hija fue desaparecida estando embarazada.

<sup>904</sup> GTDFI. *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párrs. 6 y 7.

<sup>905</sup> GTDFI. *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párrs. 16-18.

padres”<sup>906</sup>. En opinión del CED, la sustitución de la identidad representa la principal causa de vulnerabilidad de este tipo de víctimas<sup>907</sup>.

La victimización de los niños fue objeto de una amplia discusión durante la redacción de la CIPPDF, que produjo como resultado la introducción de una disposición que contempla una protección reforzada de los niños afectados por la desaparición. La piedra angular de esta protección especial es el principio del interés superior del niño<sup>908</sup>. Según la Convención, la opinión y voluntad de los niños con capacidad de discernimiento debe ser utilizada como criterio básico para guiar la resolución jurídica de casos concretos<sup>909</sup>.

Ahora bien, las medidas que establece la Convención sobre los niños afectados por la desaparición pueden ser agrupadas en dos categorías: medidas de sanción y medidas de búsqueda, identificación y restitución<sup>910</sup>.

Las medidas de sanción, consagradas en el artículo 25(1), tienen por objeto imponer a los Estados Partes la tipificación penal de dos delitos: a) 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; b) la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de esos niños<sup>911</sup>.

---

<sup>906</sup> LO GIÚDICE, Alicia. “Derecho a la identidad: restitución, apropiación, filiación. Desplazando los límites del discurso”, en LO GIÚDICE, Alicia (compil.). *Centro de Atención por el Derecho a la Identidad de Abuelas de Plaza de Mayo*. Psicoanálisis: identidad y transmisión. Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo, 2008, pp. 28 y 29, respectivamente.

<sup>907</sup> CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 38; el mismo, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 39.

<sup>908</sup> CIPPDF, cit., art. 25(5). Cfr. CRC, cit., art. 3.

<sup>909</sup> Para los trabajos preparatorios, vid. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 117 y 119. Este precepto es muy similar al art. 12(1) de la CRC. La importancia del interés superior del niño ha sido recordada por el CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 36; el mismo, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 37.

<sup>910</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 89. El art. 20(1) de la DPPDF también se refiere a ambas clases de medidas.

<sup>911</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 91; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párr. 116. Según el CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 34 y *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 37, los Estados que ratifiquen la Convención, deben proceder a la tipificación de estos delitos en su legislación nacional. El art. 20(3) de la DPPDF también se refiere a la

En cambio el artículo 25(2) se refiere a las medidas de búsqueda, identificación y restitución, que tienen por objeto abordar el drama de la apropiación de los hijos de desaparecidos<sup>912</sup>. El texto de la Convención no es muy específico en la identificación de dichas medidas, refiriéndose a ellas de modo muy genérico, mediante la expresión “*medidas necesarias*”.

Además, la Convención exige que los Estados se presten asistencia mutua para la búsqueda, identificación y localización de los niños apropiados ilegalmente. Esta obligación es especialmente importante para supuestos en que la desaparición de los niños asume un alcance transnacional<sup>913</sup>.

En la Convención se ha dedicado una atención específica a la revisión de la regulación jurídica de los procedimientos nacionales de adopción, colocación y guarda<sup>914</sup>. La realidad de la desaparición ha demostrado que se suele recurrir a los procedimientos legales de adopción para intentar camuflar de legalidad las

---

necesidad de tipificar penalmente algunos ilícitos relativos a la apropiación de hijos de personas desaparecidas.

<sup>912</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2003/71, cit., párr. 91; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2005/66, cit., párrs. 117-118; la misma, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 93.

<sup>913</sup> Vid. GTDFI, *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 46. La cooperación internacional en esta materia también se exige en el art XII de la CIPDF. La transnacionalidad de la apropiación puede producirse por diferentes razones. En algunos casos, participan en las apropiaciones ilegales las autoridades estatales de diferentes países. En otros casos, las personas que se apropian de los niños huyen a otro país para burlar la acción de la justicia. También puede ocurrir que los niños sean entregados a padres adoptivos que residen en un Estado extranjero. Cfr. ComisiónIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, cit., capítulo V(I), puntos 1 y 2(e); CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 93; ANDREU-GUZMÁN, “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, cit., p. 80.

<sup>914</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 93; AG. DEPARTAMENT OF PUBLIC INFORMATION. *Third Committee Approves Draft Resolution Concerning Convention on Enforced Disappearances*. GA/SHC/3872, cit., en relación con las declaraciones de la delegación del Reino Unido, para quien esta disposición obliga a que el Derecho nacional contemple un procedimiento para la revisión de las adopciones ilegales. En cambio, el art. 20(2) de la DPPDF es más directo, porque hace referencia a las adopciones y no al procedimiento que las regula, exigiendo que la regla debe ser la anulación si su origen tiene conexión con una desaparición forzada.

Cfr. CED, *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párr. 36, que exigió a Uruguay la incorporación en su legislación nacional de un procedimiento específico para la revisión de las adopciones, colocaciones o guardas cuyo origen sea una desaparición forzada. Asimismo, en las *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 37, exigió a Francia la incorporación de un recurso de revisión contra la sentencia de concediera adopción de un niño que tuviera relación con una desaparición. Vid., también, GTDFI, *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 10, resaltando la importancia de inscribir debidamente los nacimientos de los niños víctimas de desaparición.

apropiaciones ilegales de niños víctimas de desaparición<sup>915</sup>. La Convención Internacional propone que, “*si procede*” la adopción tiene que declararse nula de haberse originado en una desaparición forzada. El problema es que no indica cuándo procede o bajo qué circunstancias. Si los padres adoptivos actuaron de mala fe, porque conocían el origen ilegal de la adopción, pudiendo incurrir incluso en algún delito tipificado en la legislación nacional, parece ser lógico que la adopción debiera declararse nula. Sin embargo, el GTDFI considera que la adopción podría mantener sus efectos si los padres biológicos del niño lo consienten, siempre que se proteja el interés superior del niño<sup>916</sup>.

Ahora bien, en cuanto a las estrategias de búsqueda y restitución, una de las medidas más eficaces consiste en la creación de un sistema de información genética que permita sistematizar y comparar los datos de los niños apropiados o desaparecidos con los de sus familiares. Entre las experiencias más exitosas, sin duda, cabe citar la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos en Argentina<sup>917</sup>.

En la práctica internacional, en la *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas* el GTDFI ha subrayado la necesidad de crear un banco genético regido por una institución que esté facultada para realizar las pruebas de ADN,

---

<sup>915</sup> Vid. VILLALTA, Carla. “El circuito institucional de la apropiación: procedimientos, sentidos y narrativas acerca de la adopción de niños”, en Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo (compil.), *El papel del sistema de justicia frente a violaciones masivas a los derechos humanos*. Problemáticas actuales. Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo, 2008, pp. 160-162. Esta antropóloga ha estudiado este problema a propósito del caso argentino, explicando que las apropiaciones ilegales fueron facilitadas por la normativa sobre la adopción que estaba vigente durante la época de la dictadura, porque consagraba un modelo de adopción plena que reducía drásticamente la participación procesal de los padres biológicos en los procedimientos judiciales de asignación de guarda y adopción, facilitaba la acreditación de algunos requisitos legales –como la declaración de abandono– e implicaba la disolución de cualquier tipo de lazo entre el adoptado y los padres biológicos.

<sup>916</sup> GTDFI, *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párrs. 20 y 22.

<sup>917</sup> Ley 23511, *Banco Nacional de Datos Genéticos*, sancionada el 13 de mayo de 1987, promulgada mediante decreto 837/1987 y publicada en el Boletín Oficial el 10 de julio de 1987. Fue impulsado por la organización de las Abuelas de Plaza de Mayo e implementada durante la presidencia de Alfonsín. En la década de los ochenta del siglo pasado, dicha organización se contactó con médicos y genetistas de Estados Unidos, para los efectos de estudiar e implementar una metodología genética capaz de comprobar la existencia de un vínculo de parentesco entre un niño apropiado y los abuelos u otros parientes biológicos, cuestión que en esa época no había sido objeto de una investigación científica profunda. El apasionante libro *Las abuelas y la genética*. El aporte de la ciencia en la búsqueda de los chicos desaparecidos. Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo, 2008, relata la odisea vivida por esta organización para la creación del Banco de Datos, dando cuenta de las primeras reuniones con médicos y expertos, el descubrimiento e implementación de las primeras técnicas de identificación, la constitución de los equipos forenses, la puesta en marcha del Banco de Datos, el papel de la genética en los casos judiciales y en la implementación de las modernas técnicas de identificación que fueron reemplazando las más antiguas.



almacenar y documentar la información y actuar en colaboración con otros órganos estatales en la búsqueda de la verdad y la justicia<sup>918</sup>. Asimismo, en la sentencia de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, la CorteIDH impuso como medida de reparación la implementación de un sistema de esta naturaleza, a fin de facilitar la búsqueda de los niños desaparecidos durante el conflicto armado interno. Además, dispuso la creación de una página web y fijó los parámetros que debía cumplir la Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidas creada por el poder ejecutivo del Estado demandado<sup>919</sup>.

## CONCLUSIONES PRELIMINARES

El desglose de las diferentes obligaciones internacionales sobre la desaparición forzada, permite la elaboración de las siguientes conclusiones:

### **1. El marco normativo general de la responsabilidad internacional del Estado es aplicable al Derecho internacional de los derechos humanos.**

En este trabajo se ha tomado la posición que rechaza el carácter absolutamente autónomo del Derecho internacional de los derechos humanos. Ciertamente, se trata de una rama independiente del Derecho internacional público que posee características especiales, pero ello no significa que funciona herméticamente, desconectada de los principios y normas generales. La aplicación conjunta de la normativa general sobre responsabilidad internacional y de las normas específicas del Derecho internacional de los derechos humanos debe guiarse por el principio *pro homine*, debiendo preferirse en todo caso la interpretación más favorable a la protección de los derechos fundamentales del ser humano. Sobre la base de esta premisa, las reglas generales sobre la imputabilidad del hecho internacionalmente ilícito pueden ser aplicadas a los derechos humanos.

---

<sup>918</sup> GTDFI, *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párrs. 24-29.

<sup>919</sup> CorteIDH, *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, cit., párrs. 183-193. La CorteIDH ordenó la misma medida en la sentencia *Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C n° 108, párr. 91(b).

**2. La clasificación de las obligaciones internacionales sobre la desaparición forzada se ha realizado sobre la base de la distinción general entre obligaciones de respeto y garantía.**

La distinción general entre obligaciones de respeto y garantía goza de una cierta legitimidad debido a la aceptación que ha recibido en los tratados internacionales y la práctica sobre derechos humanos. Además, se trata de una buena clasificación, porque permite diferenciar una dimensión prohibitiva y otra de tipo más proactiva hacia los derechos humanos. Tras una revisión e individualización de las obligaciones internacionales contenidas en la CIPPDF, se ha constatado que su sistematización podía realizarse tomando como referencia la subclasificación de los deberes específicos que dimanarían de la obligación de garantía y que distingue entre prevención, investigación, sanción y reparación.

**3. El derecho de toda persona a no ser sometida a desapariciones forzadas es un derecho autónomo.**

La mayor aportación de la CIPPDF ha sido la consagración de un derecho a no ser sometido a desaparición forzada. Se trata de un derecho autónomo, absoluto e imprescriptible. Este derecho debe servir como criterio guía para la interpretación de las obligaciones internacionales imperantes en materia de desapariciones.

**4. La CIPPDF es muy detallista en la regulación de los deberes específicos de prevención.**

Los redactores de la Convención se han esforzado en la regulación minuciosa de un abanico de medidas de prevención cuya principal finalidad es evitar la destrucción u ocultamiento de la información sobre la situación de las personas privadas de libertad.

En este orden de ideas, es necesario que los Estados prohíban en términos absolutos la detención secreta y reduzcan a casos excepcionalísimos la detención incomunicada. Asimismo, la persona privada de libertad debe estar tutelada por un

plexo de garantías que permitan a los interesados tener información sobre su situación y ejercer los recursos legales pertinentes.

Para tal efecto es necesario que los Estados implementen un registro centralizado y asequible de las personas privadas de libertad; que exista absoluta claridad sobre las autoridades que tienen la competencia para ordenar y practicar las detenciones; que este personal tenga una formación adecuada en derechos humanos y esté sujeto a capacitaciones periódicas; y que se garantice a los interesados el derecho de información sobre la situación de la persona privada de libertad. Respecto de este último derecho, debe lamentarse la vaguedad de su regulación en la Convención Internacional, siendo indispensable que los Estados y del CED interpreten estrictamente las limitaciones que restringen su aplicación.

#### **5. Los estándares internacionales de investigación deben ser aplicados a las desapariciones forzadas adaptándose a sus peculiaridades.**

Los principales estándares internacionales de la investigación son la rapidez, la eficacia y la independencia e imparcialidad. El inicio inmediato de una investigación tan pronto se tenga noticia de una desaparición es muy importante para intentar evitar que la víctima sea ejecutada extrajudicialmente e impedir la ocultación de la información a su respecto. Por estas razones, es importante que la autoridad encargada de la investigación tenga la facultad para iniciarla de oficio y que la legitimidad activa para la presentación de una denuncia sea amplia. Asimismo, la investigación debe desarrollarse sin formalismos burocráticos injustificados y debe contemplar un protocolo de acción que impida retrasos indebidos.

En cuanto a la eficacia es indispensable que la autoridad investigativa esté dotada de las facultades y los medios necesarios para que la identificación y aprehensión de los responsables sea un fin alcanzable de acuerdo con las circunstancias del caso.

La imparcialidad e independencia del órgano investigador garantizan que la investigación se realice rápida y eficazmente. Para tal efecto, es necesario que la autoridad investigativa sea un órgano judicial y que esté especializado en la pesquisa de

las desapariciones forzadas. Es imprescindible que la autoridad investigativa no tenga ninguna clase de conexión jerárquica con los presuntos autores de la desaparición, para evitar intervencionismos, presiones o corruptelas. En ese orden de ideas, los ordenamientos nacionales deben tipificar las conductas que impliquen una obstrucción a la investigación. En base a lo anterior, es altamente desaconsejable que las desapariciones forzadas sean investigadas y juzgadas por tribunales militares.

Finalmente, un buen éxito de la investigación también dependerá del grado de protección que se brinde a todas las personas directa o indirectamente vinculadas con esta actividad, como los jueces, fiscales, abogados y defensores, miembros de ONGs, testigos y víctimas.

**6. La sanción de los responsables depende en gran medida de una adecuada tipificación interna de la desaparición forzada.**

La incorporación del grueso de obligaciones internacionales sobre la desaparición forzada está sujeta a la manera con que se tipifica este ilícito a nivel interno. En este sentido, para el legislador nacional es imperativo respetar los elementos conceptuales de la desaparición forzada, eventualmente, utilizando las mismas expresiones literales de la definición consagrada en la CIPPDF. Asimismo, es indispensable que la desaparición sea tipificada como delito aislado y como un crimen de lesa humanidad.

Una sanción racional de la desaparición forzada requiere la imposición de penas proporcionales a su gravedad; la aplicación de atenuantes y agravantes específicamente relacionados con este delito; la proscripción o limitación de la obediencia debida como causal de justificación; la prohibición de las amnistías; la proscripción o restricción de los indultos; la consagración de la imprescriptibilidad o, en su defecto, de plazos prescriptivos extensos y susceptibles de ser suspendidos.

**7. Los Estados deben implementar un conjunto de reglas vinculadas con el ejercicio de la jurisdicción para evitar situaciones de impunidad que se originen en la falta de competencia de los tribunales nacionales.**

Una segunda dimensión de la obligación de sanción dice relación con el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales nacionales. En general, es indispensable que la competencia de estos tribunales se active en virtud de los principios de territorialidad y personalidad activa. Eventualmente, también puede implementarse el principio de personalidad pasiva, siempre que se eviten conflictos normativos con la aplicación de los principios anteriores. Para los supuestos en que el principio de territorialidad y de personalidad activa no sean aplicables, debe proceder el principio *aut dedere aut iudicare*, sobre cuya base el Estado del foro estará obligado a juzgar o extraditar al imputado. La Convención contempla un modelo de “cuasi jurisdicción universal”. Hubiere sido preferible la plasmación de una jurisdicción universal pura o sin limitantes. Esta crítica debe plantearse a la mayoría de los tratados de derechos humanos, porque casi todos contienen un modelo moderado de jurisdicción universal, de modo que la Convención no configura una excepción a esa tendencia<sup>920</sup>.

Un ejercicio racional de la competencia también depende de una aplicación coherente de la extradición y es por esta razón que la Convención contempla un conjunto de reglas que racionalizan la puesta en marcha de esta medida respecto de autores de desapariciones. Sin embargo, debe lamentarse la inclusión de una cláusula abierta que otorga a los Estados una discrecionalidad demasiado amplia para regular la procedencia de la extradición. Finalmente y en relación con la extradición y otras medidas de expulsión, la protección del derecho de toda persona a no ser sometido a desaparición requiere el respeto del principio de no devolución.

## **8. La cooperación internacional debe cumplir un doble objetivo en materia de desapariciones forzadas: facilitar la persecución penal y satisfacer fines humanitarios.**

Las obligaciones sobre cooperación internacional tienen una doble función en materia de desapariciones forzadas. La primera de ellas estriba en facilitar la persecución penal de los responsables mediante la implementación de una cooperación horizontal que opere entre los Estados y una cooperación vertical que opere entre

---

<sup>920</sup> V. gr., cfr. *Convención contra la Tortura*, cit., art. 5; *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, cit., art. VI.

Estados y tribunales internacionales. Sin embargo, la Convención aporta una novedad al consagrar una dimensión humanitaria de la cooperación internacional, obligando a los Estados a ayudarse mutuamente en la búsqueda de las personas desaparecidas o de sus restos mortales.

**9. Las víctimas de desaparición forzada deben recibir una reparación integral que se adapte a sus pretensiones y necesidades.**

Los principios generales de la reparación deben ser aplicados a propósito de la desaparición forzada, aunque la reparación integral de las víctimas requiere una adaptación a sus necesidades específicas, derivadas de la peculiaridad de la desaparición forzada. La restitución sólo puede tener lugar si la persona desaparecida no ha fallecido y se concretaría con su puesta en libertad. Sin embargo, algunos afirman que la devolución de los restos mortales es una forma de restitución. La indemnización debe cumplir con una serie de condicionantes y no debe ser el fruto de la mercantilización del dolor. La rehabilitación debe promover la recuperación de las víctimas en múltiples ámbitos, especialmente, el económico, el jurídico, el psicosocial y el médico. La satisfacción asume un papel esencialmente simbólico y es muy relevante en materia de desapariciones, porque conlleva el reconocimiento de la dignidad de víctimas. Finalmente, las garantías de no repetición coinciden parcialmente con la obligación de prevención, aunque es aconsejable recurrir a un amplio abanico de medidas que no sean exclusivamente legislativas. Las campañas de educación y concientización podrían representar un ejemplo.

**10. La CIPPDF contempla un concepto amplio de víctimas, pero indeterminado.**

Según la CIPPDF existen dos categorías de víctimas: las personas desaparecidas y las que sufren un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición. Se trata de una noción amplia que representa un avance, porque incluye personas adicionales a los familiares de la persona desaparecida.

El principal problema de esta noción estriba en la delimitación de sus fronteras conceptuales, ya que la verificación de la víctima está sujeta a un concepto indeterminado: el perjuicio directo. Si bien un concepto flexible de víctima puede tener la capacidad de amoldarse a una gran variedad de supuestos, es necesario que la doctrina y la práctica internacional hagan un esfuerzo para intentar concretar su contenido, dado que se trata de una noción esencial para identificar a los titulares de los derechos consagrados en la Convención.

En el trabajo se ha expuesto que el TEDH y la CorteIDH han tenido que elaborar algunos criterios para determinar quién puede ser víctima de una desaparición forzada. Para tal efecto, el TEDH ha aplicado un conjunto de factores especiales que se inspiran en criterios objetivos. Esta concepción merece una crítica severa, porque la noción de víctima debe concretarse por medio de un enfoque subjetivo que coloque al centro de la reflexión el sufrimiento experimentado a nivel individual por el afectado y la relación que mediaba entre éste y la persona desaparecida.

El enfoque objetivo también es criticable desde otra perspectiva. Dado que el análisis del TEDH se ha realizado en el marco de la prohibición de la tortura, una concepción objetiva no tiene cabida, porque el elemento conceptual más importante de la tortura es el sufrimiento experimentado por la víctima<sup>921</sup>.

La CorteIDH también ha aludido a criterios objetivos, aunque su concepción es distinta. Según el Tribunal Interamericano, lo importante es determinar si una persona ha experimentado una afectación de su integridad a nivel individual. Para valorar esta cuestión se ha servido de algunos criterios objetivos, pero esto no afecta demasiado la esencia de su enfoque, que mantiene un tinte subjetivo.

Cabe hacer una última observación relativa a las posiciones del HRC y la CorteIDH. Ambas entidades suelen restringir el concepto de víctima a los familiares. Esta posición requiere un replanteamiento de cara a la concepción amplia que ha sido consagrada en la CIPPDF y que incluye otras personas.

---

<sup>921</sup> Cfr. FELDMAN, *op. cit.*, pp. 64-65; GIL GIL. “Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 4, 2012, p. 23. En cambio, relativamente favorable a la posición del TEDH, VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, *cit.*, pp. 189 y 447-449.

## 11. La calidad de víctima no puede sujetarse a criterios temporales.

En la sentencia *Janowiec*, el TEDH interpretó que la calidad de víctima puede sujetarse al cumplimiento de algunos criterios temporales. Esta tesis es criticable, porque escapa a una concepción subjetiva de la víctima. En opinión del TEDH, la certeza sobre la muerte de las personas desaparecida obtenida mediante el descubrimiento de una fosa común, alivia el sufrimiento de las víctimas evitando que se infrinja la prohibición de la tortura. Sin embargo, cabe recordar que en el caso en cuestión no se procedió a exhumar, identificar y entregar los restos mortales de los desaparecidos. El descubrimiento de la fosa sin la realización de estos procedimientos, en vez de significar un alivio, puede generar el efecto contrario, dando pie a un proceso de revictimización que ahonda el dolor de los afectados.

Por otra parte, también son reprobables las sentencias del TEDH que han atendido al tiempo transcurrido entre la desaparición y el descubrimiento del cadáver para descartar la calidad de víctima de los demandantes, concluyendo que ese período era demasiado breve para generar un dolor que alcanzare el umbral de la tortura u otros tratos. Esta jurisprudencia coloca en un segundo plano la experiencia individual de cada víctima. Además, es contradictoria con otras sentencias del Tribunal Europeo en que se ha sostenido que la falta de información sobre la situación de la persona privada de libertad provoca un estado de ansiedad y angustia a sus familiares, aunque el período de tiempo durante el cual se niega la información sea relativamente breve<sup>922</sup>.

Aunque se puede dar crédito al argumento de que la falta de información sobre el detenido debe tener una mínima extensión temporal para que pueda trazarse una distinción entre víctimas de desapariciones forzadas y de ejecuciones extrajudiciales, es necesaria más claridad sobre el punto. El problema no puede ser resuelto mediante la fijación de un límite temporal cuantitativo, sino que es necesario reflexionar sobre las peculiaridades de cada caso a fin de determinar si ha habido denegación de información y si las víctimas sufrieron un perjuicio directo.

---

<sup>922</sup> Recuérdese que en esos casos, el TEDH ha declarado la violación del derecho a la vida familiar basada en la detención incomunicada y en la ausencia de una normativa interna que regule la comunicación del detenido con el mundo exterior. Cfr. TEDH, *Uçar vs. Turkey*, cit., párrs. 136-141; el mismo, *Sari and Çolak vs. Turkey*, cit., párrs. 36-37.



**12. El derecho a la verdad tiene un carácter autónomo.**

El derecho a la verdad es un derecho autónomo e imprescriptible, que debe ser diferenciado del derecho a la información y de la obligación de investigación. Su contenido esencial estriba en saber si la persona desaparecida está viva o muerta y conocer su paradero o el de sus restos mortales. La titularidad de este derecho corresponde a las víctimas concebidas en términos amplios y la sociedad en su conjunto. Este derecho cumple un papel muy importante en aquellas desapariciones forzadas que afectan a niños, porque se transforma en un medio para la protección del derecho a la identidad personal.

**13. El derecho a la búsqueda, exhumación, identificación y entrega de los restos mortales de la persona desaparecida tiene un carácter autónomo.**

Una de las principales causas del sufrimiento de las víctimas consiste en el ocultamiento o destrucción de los restos mortales de la persona desaparecida. Esta situación impide a las víctimas asumir la muerte de su ser querido y hace perdurar la incertidumbre sobre lo ocurrido.

El derecho a los restos mortales está revestido de una fundamentación antropológica, cultural, religiosa, sentimental y, en algunos casos, comunitaria. En todas las culturas del mundo el rito fúnebre cumple un papel esencial, permitiendo a los que sobreviven, aceptar la muerte como un hecho trágico, vivir el luto por la pérdida y enfrentar el dolor. Para la satisfacción de este derecho es necesario que las autoridades estatales busquen, exhumen e identifiquen los restos mortales y procedan a entregarlos a los familiares. Estas actividades deben realizarse por profesionales que posean competencias técnicas suficientes y mediante procedimientos científicos idóneos. En todos estos procesos, debe respetarse la dignidad de la persona desaparecida y de sus familiares, a fin de evitar procesos de revictimización y sufrimientos adicionales.

**14. La situación legal de la persona desaparecida debe ser objeto de una regulación específica.**

La experiencia de algunos países latinoamericanos ha demostrado que la mejor manera de enfrentar el problema de la situación legal de los desaparecidos y sus familiares consiste en la elaboración de una normativa específica que institucionalice un estatus jurídico provisional de persona desaparecida. La regulación general de la muerte presunta no puede adaptarse a la situación de las víctimas que conservan la esperanza de reencontrar con vida a su ser querido. Un estatus jurídico provisional, en cambio, permite a los familiares recomenzar con normalidad la vida jurídica con pleno respeto de los derechos de la persona desaparecida y de terceros.

**15. El derecho a formar parte de una organización de víctima debe ser tutelado y promovido.**

Las organizaciones de familiares de víctimas han sido protagonistas en el ejercicio de presiones institucionales destinadas a obtener reacciones normativas contra la desaparición y en impulsar políticas sancionadoras, reparadoras y de búsqueda de la verdad. Por ende, es necesario que el derecho a formar parte de este tipo de organizaciones esté tutelado y sea promovido por los Estados.

**16. Las diversas modalidades de afectación de la desaparición forzada en perjuicio de los niños exigen el cumplimiento de algunas obligaciones internacionales especiales.**

La desaparición forzada puede victimizar a los niños de diversas maneras. Para combatir este problema, la Convención Internacional impone a los Estados que tipifiquen penalmente la apropiación ilegal de niños desaparecidos o nacidos durante el cautiverio de la madre y que implementen un sistema de revisión de la legalidad de las adopciones ilegales de estas víctimas. También prescribe que los Estados adopten las medidas necesarias para la búsqueda e identificación de estos niños, pero sin especificar en qué deben consistir estas medidas. Finalmente, sugiere la implementación de medidas de cooperación internacional para aquellos contextos en que la afectación de niños por desapariciones forzadas ha asumido un carácter transnacional. Estas medidas

tienen una naturaleza híbrida, en cuanto su finalidad es de carácter preventiva, sancionadora y humanitaria.

## **CAPÍTULO V: LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO HECHO ILÍCITO PERMANENTE**

### **ACLARACIONES PRELIMINARES**

El objetivo de este apartado consiste en explicar el carácter permanente o continuado de la desaparición forzada de personas como hecho internacionalmente ilícito y las repercusiones de esta especial característica en la activación de la competencia temporal o *ratione temporis* de los tribunales y organismos internacionales.

Cabe diferenciar el problema de la competencia de un tribunal con la institución de la prescripción. El Derecho internacional público no suele fijar plazos extintivos y en principio la pretensión de reclamación de un Estado no está sujeta a caducidad por razones de tiempo. Otra cosa es que la competencia de los órganos de supervisión y tribunales internacionales de derechos humanos se sujete a plazos, cuestión técnicamente relacionada con la admisibilidad de la petición y no con la prescripción<sup>923</sup>.

Aunque a primera vista la cuestión de la permanencia parece ser un asunto meramente formal, debe subrayarse que su aplicación práctica ha generado mucha polémica. El enfoque con el que se realizará el análisis de esta materia es de tipo

---

<sup>923</sup> Así lo ha confirmado la CIJ en el asunto de Nauru contra Australia sobre la rehabilitación de las tierras fosfáticas. Al plantear excepciones preliminares, Australia consideraba que Nauru había interpuesto la demanda extemporáneamente. Nauru alcanzó su independencia el 31 de enero de 1968 y no fue sino hasta 1988 que comunicó formalmente a las antiguas potencias administradoras su reclamación sobre la rehabilitación de las tierras fosfáticas. La Corte estimó que el Derecho internacional no fija un plazo extintivo y que debía conocer el caso. Además, la Corte consideró que si el transcurso del tiempo había perjudicado a una de las partes, era al Estado de Nauru, por la por la dificultad de recopilar las pruebas. Vid. *Case concerning certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru vs. Australia)*, preliminary objections, judgment, 26 de junio de 1992, *I. C. J. Reports*, 1992, párrs. 31-36. Cfr. BADIA MARTÍ, Ana María. “El asunto de Nauru contra Australia sobre la rehabilitación de las tierras fosfáticas. Sentencia del T.I.J. de 26 de junio de 1992”, *Anuario de Derecho internacional*, n° 10, 1994 , pp. 286-289; HIGGINS, Rosalyn. “Time and the Law: International Perspectives on an old Problem”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, issue 03, July 1997, pp. 513-514; PAUWELIN, Joost. “The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems”, *The British Yearbook of International Law*, vol. 66(1), 1995, pp. 430-431.

iusinternacionalista, con lo cual se prescindirá de realizar un análisis de la desaparición forzada como delito permanente desde la óptica del Derecho penal<sup>924</sup>.

En primer lugar se pasará revista a los instrumentos internacionales sobre la desaparición forzada para explicar lo que disponen respecto del carácter continuado o permanente. A continuación, se aclarará en qué consiste el concepto de hecho internacionalmente ilícito permanente y se identificarán los criterios que justifican la calificación de la desaparición como un hecho de esta naturaleza. Este capítulo finalizará con una referencia pormenorizada a la práctica internacional sobre derechos humanos que ha tratado el carácter permanente de la desaparición, prestando especial importancia a los problemas que se suscitan a propósito de la competencia *ratione temporis* de un tribunal u órgano internacional.

## **1. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DEL CARÁCTER PERMANENTE DE LA DESAPARICIÓN FORZADA**

La desaparición forzada ha sido caracterizada como un delito permanente en todos los instrumentos internacionales específicamente destinados a su tratamiento. Así, el artículo 17(1) de la DPPDF dispone que “[t]odo 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”. A su vez, el artículo III de la CIDFP prescribe “será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

Sin embargo, en la CIPPDF el tratamiento técnico de esta característica es altamente deficiente, ya que la cuestión no ha sido regulada expresamente, sino a través de menciones marginales a propósito de la regulación de otros asuntos. Así, en la

---

<sup>924</sup> En el Derecho penal suele distinguirse entre delitos instantáneos, permanentes y de estado, según si el acto o el resultado determinan la aparición de un estado antijurídico cuya duración se prolonga en el tiempo. Los delitos instantáneos se consuman cuando se produce el resultado y éste no crea una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo. El delito permanente es aquél cuyo resultado antijurídico se prolonga en el tiempo y se sigue consumando hasta que cesa esta situación antijurídica. En cambio, en los delitos de estado, el resultado antijurídico también se prolonga en el tiempo, pero la consumación se produce desde la aparición del resultado antijurídico, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento, por ejemplo, en la falsificación de documentos. Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte general (1984). 9ª ed. Barcelona: Reppertor, 201, pp. 233-234; RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de. “El delito de usurpación y el problema de su prescripción”, *Gaceta Jurídica*, N° 48, 1984, pp. 3 y 4.

regulación de la prescripción el artículo 8(1)(b) señala que “[c]ada 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”. A su vez, en materia de reparación el artículo 24(6) obliga a los Estados a la investigación de los hechos “hasta establecer la suerte de la persona desaparecida”. Por su parte, el artículo 24(3) dispone 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 la restitución de sus restos”.

Pues bien, aunque es criticable el hecho de que la Convención no contenga una regulación clara y explícita del carácter permanente de la desaparición forzada, una interpretación sistemática y teleológica de sus disposiciones permite concluir que la desaparición es un hecho ilícito permanente. Incluso, la misma noción de la desaparición forzada del artículo 2 sugiere su carácter permanente, ya que la continuación del ilícito se prolonga mientras la víctima esté sustraída de la protección de la ley<sup>925</sup>.

## **2. EL CONCEPTO DE HECHO ILÍCITO PERMANENTE Y SU APLICACIÓN A LA DESAPARICIÓN FORZADA**

El hecho ilícito internacional permanente consiste en la violación continua de una obligación internacional mediante la comisión de una acción u omisión que se prolonga en el tiempo<sup>926</sup>. Los ejemplos de hechos ilícitos continuos son numerosos,

---

<sup>925</sup> En la doctrina, defienden la misma interpretación CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas...”, cit., p. 31; el mismo, “El Comité contra la Desaparición Forzada: primeros pasos, retos y solución”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 21, 2013, pp. 220, 223 y 224; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 82; DIJKSTRA, Petra/KLANN, Helen/RUIMSCHOTEL, Rosa/WIJNKOOP, Myrthe. *Enforced Disappearances as Continuing Violations*. Amsterdam: Amsterdam International Law Clinic, 2002, pp. 64 y 69; GALELLA, op. cit., pp. 89-90; MCCRORY, op. cit., pp. 553-554; OTT, op. cit., pp. 217-219; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 313; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 59. Cfr. CorteIDH, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, cit., párr. 83, que realiza la misma interpretación de la CIPPDF en un *obiter dicta*.

<sup>926</sup> Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, *El Hecho Ilícito Internacional*, cit., p. 67; SALMON, op. cit., p. 386; CDI. *Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto AGO, Relator Especial*. El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional. Documento

entre otros, el mantenimiento en el ordenamiento jurídico nacional de una legislación contraria a las obligaciones internacionales; la ocupación ilegal de un territorio o la posesión de armas prohibidas por el Derecho internacional<sup>927</sup>. La categoría de hecho ilícito permanente ha sido consagrada en el artículo 14(1) del PRIEHII, según el cual la violación de la obligación internacional “*se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional*”<sup>928</sup>.

De esa manera, el hecho ilícito permanente se diferencia del hecho ilícito instantáneo o consumado, esto es, aquel que “*tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren*”<sup>929</sup>. La calificación de un hecho ilícito como permanente o instantáneo dependerá del contenido de la norma primaria<sup>930</sup>.

El hecho ilícito permanente también se diferencia del hecho ilícito instantáneo con efectos que se prolongan en el tiempo. En el hecho permanente es la violación de la obligación la que debe prolongarse en el tiempo y no sus efectos perjudiciales. Los Comentarios del PRIEHII sugieren que la tortura puede ser un ejemplo de hecho ilícito instantáneo con efecto permanente, porque el ilícito se produce con la práctica de la tortura, aunque las secuelas físicas y psicológicas se prolonguen en el tiempo<sup>931</sup>.

Por otra parte, el hecho permanente tampoco debe ser confundido con el hecho ilícito compuesto, que consiste “*una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita*”<sup>932</sup>. La diferencia estriba en el contenido del hecho, ya que el hecho ilícito permanente consiste en una sola conducta prolongada en el tiempo,

---

A/CN.4/291 y Add. 1 y 2. 22 de marzo, 14 de abril y 4 de mayo de 1976, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, parte 1, p. 23 (párr. 62), señalando que el hecho continuo consiste “*en un comportamiento que se desarrolla como tal en el tiempo con un carácter de permanencia*”.

<sup>927</sup> PRIEHII, cit., art. 14, comentario n° 3.

<sup>928</sup> Íd., art. 14, comentario n° 2.

<sup>929</sup> PRIEHII, cit., art. 14(1). En otras palabras, la violación de la obligación internacional se produce cuando se lleva a cabo la acción u omisión constitutiva del hecho ilícito. Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, *El Hecho Ilícito Internacional*, cit., p. 67; SALMON, op. cit., p. 384, ahondando en la conceptualización y entregando varios ejemplos.

<sup>930</sup> PRIEHII, cit., art. 14, comentarios n° 4-5, con referencias jurisprudenciales. En la práctica no es fácil diferenciar un acto instantáneo de un acto continuo. PAUWELIN, op. cit., pp. 420-421 y 447-448, propone algunos criterios que pueden servir de ayuda: 1) centrar la atención en el contenido de la obligación internacional y no en las características del acto; 2) valorar si la cesación del ilícito es fácticamente procedente como una medida de reparación, porque dicha medida es aplicable sólo si el hecho ilícito es continuado (cfr. PRIEHII, cit., art. 14, comentario n° 12; SALMON, op. cit., p. 389); 3) determinar si es aplicable la ficción legal que permite concebir una renovación del hecho día a día.

<sup>931</sup> PRIEHII, cit., art. 14, comentario n° 6.

<sup>932</sup> Íd., art. 15.

mientras que el hecho ilícito compuesto está conformado por una práctica o una acumulación de comportamientos<sup>933</sup>. En relación con el momento en que se produce la ilicitud, cuando se completa la serie de actos constitutivos de un hecho compuesto, la violación “*se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional*”<sup>934</sup>. Un ejemplo clásico de hecho compuesto es el genocidio, porque su contenido está integrado por crímenes que autónomamente se consideran ilícitos, pero que al ser cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, representan una conducta genocida<sup>935</sup>.

Ahora bien, no existe ninguna duda al carácter permanente de desaparición forzada<sup>936</sup>. La cesación de este ilícito se produce cuando termina la conducta denegatoria de información, esto es, cuando la persona desaparecida reaparece o es puesta en libertad, cuando la autoridad otorga la información sobre su destino y paradero o cuando se localizan, identifican y entregan sus restos mortales<sup>937</sup>. Esta

---

<sup>933</sup> Íd., art. 15, comentario nº 4. Cfr. SALMON, op. cit., p. 391.

<sup>934</sup> PRIEHII, cit., art. 15(2). Para reflexiones doctrinarias sobre esta categoría de hecho ilícito, cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, *El Hecho Ilícito Internacional*, cit., pp. 70 y 72-73; SALMON, op. cit., pp. 391-392.

<sup>935</sup> *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, cit., art. II: “*En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*”. Sobre la definición del genocidio, vid. GIL GIL, *El Genocidio y otros Crímenes Internacionales*. Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente-UNED Alzira-Valencia, 1999, pp. 125-171; la misma, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 106-ss.

<sup>936</sup> Si aplicamos los criterios de PAUWELIN anteriormente citados es posible obtener las siguientes conclusiones. En cuanto al criterio que dice relación con el contenido de la obligación, la esencia de la desaparición estriba en la denegación de información, conducta que determina el carácter continuado de la desaparición, dado que puede prolongarse indefinidamente en el tiempo. Sobre el segundo criterio, la cesación de la desaparición es factible y se produce cuando se obtiene información sobre la persona desaparecida. Recuérdese que la obtención de la verdad sobre lo ocurrido puede ser concebida como un derecho de las víctimas y como una medida de reparación. Finalmente, en cuanto al tercer criterio, es perfectamente posible aplicar la ficción legal en cuya virtud se entiende que, si no se procede a la entrega de la información, la vulneración del ilícito de renueva día tras día.

<sup>937</sup> Cfr. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 144; CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 531; CANÇADO TRINDADE, “Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Jus Cogens*...”, cit., p. 510; CAPELLÀ I ROIG, op. cit., p. 273 y 276; GALELLA, op. cit., pp. 89-90; KYRIAKOU, “Enforced disappearances in Cyprus: problems and prospects of the case law of the European Court of Human Rights” [En línea]. *Interdisciplinary Research Cell in Human Rights – CRIDHO*. CRIDHO Working 2011/01.

Disponible en [http://cridho.uclouvain.be/documents/Working\\_Papers/CRIDHO%20WP%202011-01.pdf](http://cridho.uclouvain.be/documents/Working_Papers/CRIDHO%20WP%202011-01.pdf). [Consulta:



conclusión viene confirmada por lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas citados al comienzo de este acápite y por la jurisprudencia internacional de la CorteIDH y del TEDH<sup>938</sup>.

Para el análisis de la desaparición forzada como un hecho ilícito permanente es necesario aclarar cómo se conjugan las consecuencias jurídicas que genera un hecho de este tipo con el principio de irretroactividad de los tratados internacionales. En general, si un comportamiento se ha iniciado antes de la fecha en que una determinada obligación entre en vigencia para un Estado y continúa desarrollándose con posterioridad a esa fecha, la violación de esa obligación se produce desde el momento en que ha comenzado a existir para ese Estado. Esta cuestión no supone una infracción al principio de irretroactividad de los tratados.

En efecto, desde su entrada en vigor las disposiciones de un tratado se aplican inmediatamente a los *facta pendentia*, es decir, a los hechos que han comenzados con anterioridad a la fecha de vigencia y se han prolongado con posterioridad a la misma. Esta conclusión es acorde con el principio del efecto inmediato, en cuya virtud los tratados se aplican “inmediatamente” a las partes desde su entrada en vigor. Claro está que el problema práctico estriba en determinar si un comportamiento concreto puede ser considerado como un hecho ilícito continuado<sup>939</sup>.

---

20 de mayo de 2014], p. 7; el mismo, “Enforced Disappearances in Cyprus: Problems and Prospects of the Case Law of the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 2, 2011, pp. 192-193; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 310; VERMEULEN, “The Duty to Take Preventive operational Measures...”, cit., p. 158; CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK, E/CN.4/2002/71, cit., párr. 82; PACE, *Enforced disappearances*, Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES, cit., párr. 21 y la consiguiente res. 1463(2005) emitida por dicha Asamblea, cit., párr. 10(3)(3); PRIEHII, cit., art. 14comentario n° 5, recurriendo a la desaparición como ejemplo de hecho ilícito permanente y aludiendo a algunos de los hechos que determinan su cesación. En contra de esta posición sobre la cesación de la desaparición, MODOLELL GONZÁLEZ, “El crimen de desaparición forzada...”, cit., p. 208, aunque desde una óptica penal.

<sup>938</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH. *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párr. 121; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párr. 34 y el voto Razonado del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ; *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, cit., párr. 114. Especialmente ilustrativa es la sentencia *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 82-92, porque los hechos acreditados en el proceso daban cuenta de la incerteza sobre un primer proceso de identificación de los restos mortales de la persona desaparecida, concluyéndose que la desaparición había durado veinticinco años y que la cesación se produjo con la realización de un segundo proceso de identificación que arrojó certeza sobre la identificación de los restos. En cuanto al TEDH, cfr. *Er and others vs. Turkey*, application no. 23016/04, judgment, 31 de julio de 2012, párr. 50; TEDH, *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párr. 145.

<sup>939</sup> Cfr. AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice* (2000). 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 176; CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. Debates pasados, presentes y futuros en el sistema internacional de protección de los derechos humanos”, en TORRES BERMÚDEZ, Santiago et al. (coords.).

Sin embargo, en la práctica internacional sobre desapariciones forzadas no siempre se han alcanzado estas conclusiones. A continuación, se intentara esquematizar los precedentes más importantes, explicándose críticamente por qué la competencia temporal de un tribunal internacional u organismo internacional debería subsistir para conocer desapariciones forzadas comenzadas con anterioridad a la fecha de vigencia del tratado respectivo

### **3. LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO DELITO PERMANENTE EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS**

La regla general es que un tribunal u órgano internacional de supervisión internacional tenga competencia para conocer controversias cuyos hechos constitutivos hayan ocurrido con posterioridad a la denominada “fecha crítica”, esto es, aquella en que un Estado ratificó el tratado o aceptó la competencia del tribunal u órgano internacional. Sin embargo, tratándose de un hecho ilícito continuado, cuya iniciación se ha producido antes de la fecha crítica, pero cuya comisión se ha prolongado con posterioridad a la misma, el tribunal u órgano de supervisión internacional tiene competencia para conocer y fallar la controversia relativa al período de tiempo posterior a la fecha en cuestión<sup>940</sup>. Para las desapariciones forzadas rige el mismo principio, de

---

*El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez. Madrid: Universidad Complutense de Madrid/Universidad del País Vasco/Iprolex, 2013, pp. 702-706; el mismo, “El Comité contra la Desaparición Forzada...”, cit., pp. 224-225; DOPAGNE, Frédéric. “1969 Vienna Convention. Article 28. Non-retroactivity of Treaties”, en CORTEN, Olivier/PIERRE, Klein (eds.). *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*. A Commentary. 2 vols. Oxford: Oxford University Press, 2011, t. I, pp. 720 y 724.

En general, la CDI ha mantenido la misma posición esbozada en el cuerpo del texto. Cfr. CDI. *Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados*, por Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial. Documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, 3 de marzo, 9 de junio, 12 de junio y 7 de julio de 1964, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. II, p. 10, párr. 5: “El principio de la no retroactividad nunca se viola por aplicar un tratado a cuestiones que se plantean estando el tratado en vigor, aun cuando se iniciaran con anterioridad”. En una de los proyectos de la Convención de Viena, el principio del efecto inmediato estaba consagrado expresamente en los siguientes términos: “un tratado adquiere fuerza obligatoria tan pronto como entra en vigor”. Vid. CDI. *Cuarto informe de G. G. FITZMAURICE*, Relator Especial. Documento A/CN.4/120. 17 de marzo de 1959, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1959, vol. II, p. 52 (art. 24). Asimismo, cfr. CDI. *Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados*, por el Sr. Roberto AGO, Relator Especial, cit., p. 23, párr. 62: “Habrá violación de la obligación internacional a que se opone el comportamiento del Estado siempre que, por lo menos durante un cierto período, haya simultaneidad entre la permanencia del hecho del Estado y la existencia a cargo de ese Estado de la obligación de que se trate. Si el comportamiento ha comenzado antes de que la obligación entre en vigor para el Estado y continúa desarrollándose posteriormente, habrá violación de dicha obligación desde el momento en que ésta haya comenzado a existir para el Estado”.

<sup>940</sup> Cfr. AUST, op. cit., p. 176; PAUWELIN, op. cit., pp. 435-436.

modo que si el ilícito comenzó con antelación a la fecha crítica y se prolongó con posterioridad a la misma, el tribunal u órgano internacional debe ser competente para el conocimiento de la controversia<sup>941</sup>.

El problema se torna más complejo si el tratado internacional en cuestión contempla la posibilidad de que los Estados partes acepten la competencia del tribunal u órgano internacional de supervisión en un momento posterior a la fecha de ratificación. En esos casos, debe concluirse que las disposiciones del tratado son obligatorias para cada Estado, desde el momento de la ratificación. En efecto, la declaración por la que se acepta la competencia del tribunal no equivale a la ratificación del tratado, con lo cual éste es obligatorio desde su entrada en vigor, esto es, desde la ratificación.

Otra cosa es que la competencia del tribunal u órgano internacional abarca sólo actos que sean posteriores a la fecha de la declaración por la cual un Estado reconoce dicha competencia. Aún en esos casos, los hechos ilícitos continuados despliegan todos sus efectos, de modo que si se trata de hechos anteriores a la fecha de aceptación de la competencia que se prolongan con posterioridad de la misma, la competencia temporal del tribunal u órgano no se ve afectada. Se volverá sobre esta cuestión cuando se discuta la diferencia entre la vigencia de la CIPPDF y la aceptación de la competencia del CED para conocer las comunicaciones individuales<sup>942</sup>.

En el ámbito de los derechos humanos existe una abundante práctica internacional sobre la competencia *ratione temporis* de los tribunales y órganos internacionales de supervisión. Sin embargo, sólo se hará referencia a la práctica sobre desapariciones forzadas. Por lo general, la práctica internacional es unánime en sostener el carácter permanente de la desaparición forzada. Ya en 1979, el experto de Naciones Unidas sobre las personas desaparecidas en Chile, afirmaba que la desaparición configura un “*cuadro persistente de violaciones a los derechos humanos*”<sup>943</sup>. Si bien la calidad de ilícito permanente ha sido confirmada en todos los foros internacionales, los problemas han surgido a propósito de la interpretación de la competencia temporal. Para

---

<sup>941</sup> Cfr. DIJKSTRA/KLANN/RUIMSCHOTEL/WIJNKOOP, op. cit., pp. 75-76; OTT, op. cit., pp. 216-217; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 313; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 190.

<sup>942</sup> Vid. § 3.5 de este mismo Capítulo. Sin embargo, en general sostiene una posición contraria DOPAGNE, op. cit., p. 725, argumentando que este tipo de declaraciones postergan la aplicabilidad del tratado.

<sup>943</sup> AG. *Informe del Consejo Económico y Social. Protección de los derechos humanos en Chile*, A/34/583/Add.1, cit., párr. 178.

dar cuenta de este ambiguo panorama, se reseñará la práctica de la CorteIDH, el HRC, el GTDFI, el TEDH, el CED y la CPI.

### **3.1. La desaparición como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia de la CorteIDH**

La CorteIDH ha reconocido *obiter dicta* el carácter permanente de la desaparición forzada en numerosas sentencias<sup>944</sup>. Sin embargo, los precedentes que merecen un estudio pormenorizado son aquellos en que ha surgido el problema de valorar la competencia *ratione temporis* de la Corte.

En el sistema interamericano, la obligatoriedad de las disposiciones de la CADH se activa con el acto de ratificación del tratado. Sin embargo, la competencia de la CorteIDH está sujeta a una declaración de reconocimiento por parte del Estado, que puede ser formulada al momento de la ratificación o en un momento posterior<sup>945</sup>.

Uno de los casos más importantes sobre el carácter permanente de la desaparición forzada es *Blake vs. Guatemala*, el primer precedente en que la CorteIDH debió determinar si era competente respecto de una desaparición cuya ejecución había principiado con anterioridad a la fecha en que el Estado demandado había reconocido la competencia del Tribunal Interamericano. La privación de libertad de Blake ocurrió el 28 de marzo de 1985, pero Guatemala reconoció la competencia de la CorteIDH el 9 de marzo de 1987, con la aclaración expresa de que ese reconocimiento se hacía respecto de casos “*acaecidos con posterioridad a la fecha en que esta declaración sea presentada al Secretario de la Organización de los Estados Americanos*”<sup>946</sup>.

En la sentencia sobre las excepciones preliminares, la Corte se consideró incompetente para pronunciarse sobre la violación del derecho a la vida y a la libertad personal de Blake, en cuanto ambos sucesos se habían producido con anterioridad a la

---

<sup>944</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 155; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 163; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párr. 128; *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párr. 92; *Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 52; *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, cit., párr. 54.

<sup>945</sup> CADH, cit., arts. 74(2) y 62(1), respectivamente.

<sup>946</sup> Para el texto de la declaración, vid. en la página web de la OEA el *Estado de Firmas y Ratificaciones de la CADH*. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm#Guatemala](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Guatemala)>. [Consulta: 19 de mayo de 2014].

fecha crítica y no podían ser calificados de permanentes. Sin embargo, consideró que era competente para conocer la denegación de información que se había prolongado con posterioridad a la fecha crítica hasta el 14 de julio de 1992, fecha en la que se descubrieron los restos mortales de Blake, porque se trataba de una infracción permanente del derecho a recurso de los familiares del desaparecido<sup>947</sup>.

Otro caso relevante es el de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. El Estado salvadoreño había formulado una declaración que limitaba el reconocimiento de la competencia de la CorteIDH a hechos posteriores a la fecha de aceptación de esa competencia<sup>948</sup>. En base a esta declaración, la Corte admitió la excepción de incompetencia *ratione temporis* respecto de las infracciones al derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, ya que la desaparición de las víctimas comenzó en junio de 1982, trece años antes del reconocimiento de la competencia realizado en junio de 1995<sup>949</sup>. La Corte sólo se declaró competente para el conocimiento de las violaciones a las garantías judiciales relacionadas con las graves irregularidades que se produjeron durante la substanciación del proceso. En su opinión estas infracciones configuraban hechos independientes de la desaparición que se habían producido con posterioridad a la fecha crítica<sup>950</sup>.

Otro caso polémico es *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. En este supuesto, la víctima fue privada de libertad el 14 de mayo de 1970, fecha muy anterior al reconocimiento de la competencia de la Corte por parte del Estado panameño, formulada el 9 de mayo de 1990<sup>951</sup>. Antes de pronunciarse sobre el fondo, la Corte

---

<sup>947</sup> Cfr. CorteIDH. *Blake vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, cit., párrs. 29-40. En la sentencia sobre el fondo, también se consideró competente para el conocimiento de la infracción a la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en relación con los familiares de Blake, aunque no se refirió al carácter permanente de esta infracción. Vid. CorteIDH, *Blake vs. Guatemala*. Fondo, cit., párrs. 82, 86, 97 y 112-116.

<sup>948</sup> Para el texto de la reserva puede consultarse la página web de la OEA el *Estado de Firmas y Ratificaciones de la CADH*. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm#El%20Salvador](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#El%20Salvador)>. [Consulta: 19 de mayo de 2014].

<sup>949</sup> CorteIDH. *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C n° 118, párr. 77. Cabe señalar que la CorteIDH, en los párrs. 61-76, consideró válida la declaración del Estado salvadoreño sobre la limitación temporal de la competencia. Sin embargo, puede plantearse que se trata de una reserva a la CADH contraria a sus fines. Para el análisis de las diferencias entre la reserva a la CADH y la declaración de aceptación de competencia de la CorteIDH, cfr. críticamente RIVERA JUARISTI, op. cit., pp. 28-34; PARAYRE, op. cit., p. 61.

<sup>950</sup> CorteIDH, *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, cit., párrs. 84-85.

<sup>951</sup> CorteIDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 2 y 26. Para el texto de la declaración, vid. el *Estado de Firmas y Ratificaciones de la CADH*, en la página web de la OEA. Disponible en

reconoció la existencia de las infracciones permanentes y recalcó que tenía competencia sobre las mismas si la prolongación temporal de la infracción excedía la fecha crítica<sup>952</sup>.

A renglón seguido, aplicando una argumentación muy polémica, la sentencia fragmentó el crimen de desaparición forzada en un conjunto de infracciones de varios derechos de la Convención, para luego valorar si era competente respecto de cada una de ellas. De esa manera, trazó una separación entre la ejecución extrajudicial de la víctima y su desaparición forzada, declarándose incompetente para conocer la primera, porque la muerte de la persona desaparecida habría ocurrido con anterioridad a la fecha crítica<sup>953</sup>. En la misma línea, se declaró incompetente para el conocimiento de las infracciones a la prohibición de la tortura y la libertad de expresión de la persona desaparecida<sup>954</sup>. Sin embargo, se declaró competente para el conocimiento de la privación de libertad<sup>955</sup>, la afectación a la integridad personal de sus familiares<sup>956</sup>, la obligación de investigación<sup>957</sup> y la obligación de tipificación penal de la desaparición forzada<sup>958</sup>, todo lo anterior únicamente respecto de aquella parte de las conductas que se prolongaron con posterioridad a la fecha crítica.

Genera muchas preocupaciones la argumentación con que la CorteIDH ha enfrentado el tratamiento de la desaparición forzada como hecho ilícito permanente en estos precedentes. Si bien es rescatable el reconocimiento del carácter permanente de la desaparición, estas sentencias no son satisfactorias en lo que se refiere al entendimiento de la competencia *ratione temporis*.

En primer lugar, debe aclararse que en este tipo de casos, la activación de la competencia temporal de la CorteIDH no supone una aplicación retroactiva de la CADH, aunque algún autor suponga lo contrario<sup>959</sup>. Anteriormente se ha explicado que los hechos internacionalmente ilícitos continuados no generan una vulneración al

---

<[http://www.oas.org/dil/esp/tratados B-32 Convencion Americana sobre Derechos Humanos firmas.htm#Panam%C3%A1](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Panam%C3%A1)>. [Consulta: 19 de mayo de 2014].

<sup>952</sup> CorteIDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párr. 25.

<sup>953</sup> Íd., párrs. 31-32.

<sup>954</sup> Íd., párr. 36.

<sup>955</sup> Íd., párr. 37.

<sup>956</sup> Íd., párr. 40.

<sup>957</sup> Íd., párr. 38.

<sup>958</sup> Íd., párr. 45.

<sup>959</sup> V. gr., GIL GIL, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional...”, cit., pp. 321-323.

principio de irretroactividad de los tratados, de modo que es pertinente hacer remisión a esa posición<sup>960</sup>.

Por otra parte, el fraccionamiento de la desaparición en un conjunto de violaciones separadas de derechos conduce a conclusiones que no son coherentes con la esencia de un hecho permanente. Incluso, algunos precedentes rayan en lo absurdo, como el caso *Heliodoro Portugal vs. Guatemala*, ya que la Corte se declaró incompetente respecto del derecho a la vida presumiendo que el fallecimiento había ocurrido antes de la fecha crítica, pero asumió su competencia respecto de la privación a la libertad personal sosteniendo que se había prolongado con posterioridad a la fecha indicada. Por tanto, se declaró competente respecto de la privación de libertad de personas que presume muertas, conclusión que es lógicamente insostenible<sup>961</sup>.

Un mejor enfoque de estos problemas debe tomar como referencia el carácter unitario y autónomo de la desaparición forzada, que sin duda se ha visto fortalecido con la consagración del derecho a no ser sometido a desaparición en la CIPPDF. Una vez más, la concepción pluriofensiva de la desaparición ha resultado insuficiente para la valoración de una cuestión tan técnica y compleja como el carácter permanente de este hecho ilícito. El juez CANÇADO TRINDADE advirtió estas disonancias en su voto razonado de la sentencia *Blake*, mostrándose partidario de una concepción unitaria<sup>962</sup>.

En alguna medida la CorteIDH ha ido corrigiendo su rumbo aplicando un enfoque de esta naturaleza. Por ejemplo, en la sentencia *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, la CorteIDH tuvo que determinar el sentido y alcance de una

---

<sup>960</sup> Vid. § 2 de este Capítulo.

<sup>961</sup> Para una crítica general a esta sentencia, vid. RIVERA JUARISTI, op. cit., pp. 20-37, especialmente, pp. 26-27, criticando la fragmentación conceptual de la desaparición. En cambio, demasiado condescendientes ARTEAGA PADILLA, Edwing/GUZMÁN GONZÁLEZ, Patricia. “La desaparición forzada: excepción a la competencia *ratione temporis* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista de Justicia*, n° 17, junio 2010, p. 29, argumentando con falta de reflexión crítica que “La Corte no tuvo una opción distinta”. En general, también critican el “fraccionamiento” conceptual de la desaparición, CANÇADO TRINDADE, “Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Jus Cogens*...”, cit., p. 510; COCONI ARAU, op. cit., pp. 380-381; PARAYRE, op. cit., p. 48.

<sup>962</sup> CorteIDH, *Blake vs. Guatemala*. Fondo, cit., Voto Razonado del Juez A.A. CANÇADO TRINDADE, especialmente párr. 2 (“La experiencia internacional sobre la materia acumulada por los órganos de supervisión de derechos humanos en los últimos años enseña que la desaparición forzada de personas no puede ser disociada de violaciones de otros derechos, consagrados en tratados de derechos humanos”) y 15 (“Sólo me resta exteriorizar la esperanza de que, quizás con el gradual desarrollo de la conceptualización, y de una sólida construcción jurisprudencial, del delito de la desaparición forzada de personas -apenas recientemente definido en el Derecho internacional de los derechos humanos,- ya no más sea posible en el futuro previsible compartimentalizar o introducir separaciones artificiales entre los múltiples elementos que lo componen”).

declaración interpretativa que el Estado mexicano formuló al ratificar la CIDFP, según la que “*se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención*”<sup>963</sup>. De acuerdo con el parecer de la Corte, “*la interpretación debida a los términos “ejecutan o cometan” de la declaración de México a la CIDFP, no puede ser otra que una consecuente con la caracterización que el propio tratado realiza de la desaparición forzada y con el efecto útil de sus disposiciones, de manera que su aplicación incluya los actos de desaparición forzada de personas que continúen o permanezcan más allá de la fecha de entrada en vigor*”<sup>964</sup>.

Asimismo, en la sentencia *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, aunque el Estado no alegó la incompetencia temporal e incluso aceptó la responsabilidad internacional por el hecho, la Corte se preocupó por asumir una concepción unitaria sobre la desaparición y recalcar su carácter permanente<sup>965</sup>.

En otra sentencia, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, la Corte asumió un enfoque similar y se consideró competente para conocer desapariciones forzadas que se habían producido con anterioridad al reconocimiento de competencia de la Corte, aunque Brasil hubiere expresado en la declaración de aceptación de competencia que ésta sólo operaría respecto de hechos posteriores<sup>966</sup>.

### **3.2. La desaparición como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El TEDH también ha tenido que lidiar con el problema de la competencia temporal para el conocimiento de desapariciones forzadas que comenzaron con anterioridad a la fecha crítica. A través de una serie de importantes sentencias, este tribunal ha ido elaborando una doctrina para determinar en qué casos y respecto de que

---

<sup>963</sup> Para el texto de la reserva puede consultarse la página web de la OEA el *Estado de Firmas y Ratificaciones de la CIDFP*. Disponible en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>>. [Consulta: 19 de mayo de 2014].

<sup>964</sup> CorteIDH, *Radilla Pacheco vs. México*, cit., párr. 31.

<sup>965</sup> CorteIDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, cit., párrs. 81, 87 y 88.

<sup>966</sup> CorteIDH, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 15-19, 101-103 y 110-111. Cfr. la misma, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, cit., párr. 83-85.



derechos es temporalmente competente para conocer comportamientos cuya ejecución hubiere comenzado antes de la fecha crítica y hubiere continuado con posterioridad a la misma. Esta doctrina se caracteriza por haber “inventado” un conjunto de requisitos o “exigencias temporales” que en la práctica se han traducido en obstáculos o limitantes para la activación de la competencia *ratione temporis* del TEDH. Estas exigencias temporales han sido justamente criticadas por la doctrina, no sólo por su elevado nivel de ambigüedad e indeterminación, sino también porque vacían de contenido la categoría de hecho ilícito permanente.

Para una mejor comprensión de la posición desarrollada por el TEDH, este epígrafe comenzará explicando cuál es el ámbito de aplicación de estas exigencias temporales. A continuación, se detallará en qué consiste cada una de ellas. Finalmente, se hará una exposición crítica de las principales sentencias que las han aplicado, destacándose las inconsistencias lógicas, conceptuales y jurídicas de estos criterios. Cabe advertir que las diversas exigencias temporales que integran esta doctrina del TEDH se han elaborado gradualmente en su jurisprudencia. Sin embargo, la exposición siguiente no seguirá una línea cronológica, sino que procederá a explicar cuál es el estado de la cuestión en la actualidad, para luego analizar críticamente su aplicación práctica haciendo remisión a los casos más emblemáticos.

### **3.2.1. Ámbito de aplicación de las exigencias temporales sobre la competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

La necesidad de reflexionar sobre la competencia *ratione temporis* del TEDH ha surgido respecto de ilicitudes cuya ejecución han comenzado con anterioridad a la fecha crítica, prolongándose en el tiempo con posterioridad a la misma. En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, la fecha crítica es aquella en que el CEDH ha entrado en vigencia respecto de un Estado. Sin embargo, antes de la entrada en vigencia del Protocolo 11<sup>967</sup>, el reconocimiento de la competencia del Tribunal Europeo para conocer demandas individuales era opcional para cada Estado Parte, con lo cual hay muchos Estados que en un primer momento ratificaron el Convenio y en un momento

---

<sup>967</sup> Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, Estrasburgo, 11 de mayo de 1994, entrado en vigor el 1 de noviembre de 1998.

cronológicamente posterior procedieron a aceptar la competencia del TEDH. Respecto de esos Estados, la fecha crítica coincide con la fecha de aceptación de la competencia<sup>968</sup>.

*De Becker vs. Bélgica* es uno de los primeros casos en que se planteó el problema. Trataba sobre la privación de derechos humanos impuesta por una sentencia judicial pronunciada con anterioridad de la fecha crítica. Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que la competencia temporal no se veía afectada gracias al carácter permanente de las violaciones<sup>969</sup>.

El TEDH ha reconocido y aplicado la noción de hecho ilícito permanente. Sin embargo, en una primera fase de su jurisprudencia no había desarrollado criterios objetivos claros para identificar este tipo de hechos, situación que incidió en la emisión de un conjunto de decisiones contradictorias<sup>970</sup>.

Sin embargo, en la sentencia *Blečić vs. Croacia* el TEDH dio un giro a su argumentación. En este caso, la demandante había sido privada de la tenencia de un inmueble en virtud de una sentencia judicial. El fundamento de la privación estribaba en la inutilización injustificada del inmueble durante un largo período de tiempo, a pesar de coincidir con una época en que la zona había sufrido constantes bombardeos en el contexto de la Guerra de Croacia.

El TEDH tenía el problema de escoger cuál era la sentencia que a nivel interno había generado la privación de los derechos de la víctima, dado que se habían emitido dos pronunciamientos, el primero de la Corte Suprema antes de la fecha crítica y el

---

<sup>968</sup> TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., párr. 140: “*The Court reiterates that the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party or, as the case may be, prior to the entry into force of Protocol No. 11, before the date on which the respondent Party recognized the right of individual petition, when this recognition was still optional (“the critical date”)*”. [La Corte reitera que las disposiciones del Convenio no obligan a un Estado Parte en relación con un acto o hecho que haya tenido lugar o situación que haya cesado de existir antes de la entrada en vigencia del Convenio para ese Estado Parte o, según sea el caso, si el Protocolo n° 11 aún no había entrado en vigencia, antes de la fecha en que el Estado Parte reconociera el derecho de presentar demandas, cuando ese reconocimiento seguía siendo opcional (“fecha crítica”)].

<sup>969</sup> TEDH. *De Becker vs. Belgium*, application no.214/5, judgment, 27 de marzo de 1962, párr. 8.

<sup>970</sup> Cfr. PAUWELIN, op. cit., pp. 421-425; CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*...”, cit., pp. 706-708. Muchas de las sentencias se refieren a expropiaciones o confiscaciones sin fundamento legal realizadas antes de la fecha crítica, v. gr., *Papamichalopoulos and others vs. Greece*, application no.14556/89, judgment, 24 de junio de 1993, párr. 40; GC, *Loizidou vs. Turkey*, application no.15318/1989, judgment, 18 de diciembre de 1996, párrs. 40-47; *Vasilescu vs. Romania*, 53/1997/837/1043, judgment, 22 de mayo de 1998, párr. 49.

segundo del Tribunal Constitucional después de esa fecha. Para resolver la cuestión de la competencia temporal, el TEDH elaboró el “test de la interferencia”, un concepto que pretende determinar los hechos que generaron la vulneración de las disposiciones del CEDH. En el presente caso, se consideró que la interferencia se había generado con la sentencia de la Corte Suprema, dado que tenía fuerza de *res judicata*. La sentencia del Tribunal Constitucional simplemente había confirmado la decisión anterior. Dado que la sentencia de la Corte Suprema era anterior a la fecha crítica, el TEDH se consideró incompetente *ratione temporis*<sup>971</sup>.

Este test fue parcialmente reinterpretado en la sentencia *Šilih vs. Eslovenia*. El caso trata sobre una negligencia médica que produjo la muerte del hijo del demandante y la falta de diligencia con que se realizó la consiguiente investigación forense. Lo más destacable de la sentencia es la explicación del aspecto procedimental del derecho a la vida y su valoración desde la óptica de la competencia *ratione temporis*. El Tribunal entendió que la faceta procedimental de este derecho estriba en la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva, siempre y cuando la muerte se hubiere producido en circunstancias sospechosas. El aspecto fundamental de esta obligación consiste en su carácter autónomo e independiente de la violación sustantiva del derecho<sup>972</sup>.

El TEDH ha desarrollado esta concepción de la obligación de investigación a propósito del derecho a la vida, aunque luego la ha aplicado a otros derechos, como el derecho a la integridad física y la libertad personal. Según este enfoque, la obligación de investigar es una obligación independiente (“*detachable obligation*”) de la infracción sustantiva de los derechos consagrados en el Convenio<sup>973</sup>. Se trata de una obligación cuyo incumplimiento puede ser un hecho ilícito continuo o permanente. Por lo tanto, si la infracción sustantiva de un derecho se produce antes de la fecha crítica, el incumplimiento del deber de investigar también inicia antes de esa fecha, pero puede subsistir con posterioridad a la misma, activando la competencia *ratione temporis* del Tribunal. Esta concepción del deber de investigar permite que la competencia se

---

<sup>971</sup> TEDH, *Blečić vs. Croatia*, cit., párrs. 77-93.

<sup>972</sup> TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., párrs. 153-167.

<sup>973</sup> Sobre el carácter independiente de la obligación de investigar en el marco del CEDH, vid. GIL, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional...”, cit., pp. 314-315 y 327, criticando la posición del TEDH.

configure aunque se compruebe o se presuma que la muerte de las víctimas se produjo antes de la fecha crítica<sup>974</sup>.

Esta concepción de la obligación de investigar fue aplicada para resolver el caso *Varnava y otros vs. Turquía*, relativo a las desapariciones forzadas de dieciocho chipriotas cometidas por el ejército turco en el norte de Chipre en 1974<sup>975</sup>. Como punto de partida, el Tribunal intentó coger distancia de la sentencia *Šilih*. En su opinión, los hechos de la sentencia *Varnava* correspondían a desapariciones forzadas, esto es, un hecho ilícito permanente, dado que la falta de información sobre las víctimas se había prolongado en el tiempo. Esta característica implica que el deber de investigar este delito sea distinto al deber de investigar una muerte sospechosa, dado que la investigación de una desaparición debe prolongarse hasta que se verifique qué le ocurrió a la víctima<sup>976</sup>. Por ende, la permanencia del deber de investigar no se ve alterada por la presunción de muerte de las víctimas, con lo cual “*aunque el transcurso de un período de 34 años sin ninguna noticia de las personas desaparecidas podría representar una contundente prueba circunstancial de que ellos han muerto, la obligación procedimental de investigar subsiste*”<sup>977</sup>.

Ahora bien, un sector de la doctrina considera que esta concepción de la obligación de investigación abriría las puertas a una aplicación retroactiva ilimitada del

---

<sup>974</sup> Cfr. TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., párr. 159; el mismo, *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párrs. 138 y 148; el mismo, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 132. En doctrina cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar (art. 2 derecho a la vida). Teoría y práctica: de *De Becker c. Bélgica* a *Canales Bermejo c. España*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, nº 1, 2014, p. 126; el mismo, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, cit., p. 133. Critica este enfoque de la obligación de investigar, GIL GIL, “Los crímenes de la guerra civil española...”, cit., pp. 9-10 y 16-17, porque “*carece de base legal*” y no está basada en la violación de otro derecho. No se puede compartir esta crítica, porque el derecho que sirvió de base a la construcción fue el derecho a la vida. A lo largo de este trabajo, se ha dado y se dará cuenta de la enorme y positiva aplicación práctica que ha tenido la diferenciación de una faceta sustantiva y de una faceta procedimental de este derecho.

<sup>975</sup> Para un comentario doctrinario de la sentencia, vid. COCONI ARAU, op. cit., pp. 362-ss.

<sup>976</sup> TEDH, *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párrs. 146-150.

<sup>977</sup> Íd., párr. 146: “*even though a lapse of over 34 years without any news of the missing persons may provide strong circumstantial evidence that they have died meanwhile, this does not remove the procedural obligation to investigate*”. Probablemente, al TEDH le interesaba mantenerse en línea con la tendencia dominante en la práctica internacional sobre el carácter permanente de la desaparición forzada. De hecho, en los párrs. 99-107 se citan varios precedentes en ese sentido. Comparte una opinión similar, GIL GIL, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional...”, cit., p. 326, aunque esta autora se centra en la influencia ejercida por la CorteIDH.

CEDH<sup>978</sup>. Sin embargo, ya se ha argumentado en este trabajo que la noción de hecho ilícito permanente no entra en conflicto con el principio de irretroactividad de los tratados<sup>979</sup>.

Pasando a otro punto, el TEDH ha considerado que no es competente respecto de la infracción material acontecida antes de la fecha crítica, sino solo de la infracción a la obligación de investigación que se ha concretado a partir de esa fecha. Por lo tanto, para valorar la concurrencia de esta infracción al Tribunal le interesa analizar los actos procedimentales que hayan tenido lugar con posterioridad a la fecha crítica. Bien puede ocurrir que esos actos procedimentales hayan comenzado antes de esa fecha y hayan continuado con posterioridad. En esos casos, al Tribunal sólo interesan los actos realizados después la fecha crítica. Sin embargo, ¿qué se entiende por acto procedimental? Según el TEDH, se trata de “*actos adoptados en el marco de un procedimiento penal, civil, administrativo o disciplinario, que es capaz de conducir a la identificación y castigo de los responsables o a la concesión de una indemnización a la parte perjudicada*”<sup>980</sup>.

Recapitulando, el ámbito de aplicación de las exigencias temporales dice relación con violaciones al CEDH que inician antes de la fecha crítica y continúan después de la misma. Según el TEDH, la competencia temporal es procedente respecto de la obligación de investigar esas violaciones, obligación de carácter procedimental con una naturaleza jurídica independiente de la infracción sustantiva del derecho. Pues bien, el próximo epígrafe tratará las exigencias temporales que aplicadas a este tipo de casos para limitar el alcance de la competencia *ratione temporis*.

---

<sup>978</sup> GIL GIL, “Los crímenes de la guerra civil española...”, cit., pp. 21-22; la misma, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional...”, cit., pp. 328-331 y 343.

<sup>979</sup> Vid. § 2 de este Capítulo.

<sup>980</sup> TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 143: “*acts undertaken in the framework of criminal, civil, administrative or disciplinary proceedings which are capable of leading to the identification and punishment of those responsible or to an award of compensation to the injured party*”.

### 3.2.2. Las exigencias temporales que limitan la competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las exigencias temporales son reglas que el TEDH ha creado jurisprudencialmente para limitar el alcance de su competencia *ratione temporis* sobre hecho ilícitos continuados. El fundamento de estas reglas estriba en el principio de seguridad jurídica, porque al TEDH le interesa acotar su competencia temporal a ciertos actos plenamente identificables<sup>981</sup>. Tales exigencias han sido duramente criticadas por la doctrina, porque no tienen un sustento positivo, contradicen la letra y espíritu del Convenio, privan a la víctima de un verdadero acceso a la justicia y desdibujan el carácter permanente de la desaparición forzada<sup>982</sup>.

En general, pueden identificarse tres exigencias temporales que limitan la competencia temporal y una excepción a estas exigencias. La primera exigencia requiere una proximidad temporal entre el hecho y la fecha crítica. La segunda exigencia demanda que la mayor proporción de los procedimientos de investigación se haya realizado con posterioridad a la fecha crítica. Estos dos primeros criterios están relacionados entre sí, porque requieren un “vínculo real” o una “conexión genuina” (*genuine connection*) entre el hecho y la fecha crítica. Finalmente, la tercera limitante interpreta la aplicación de plazo de seis meses para la presentación de la demanda. El cumplimiento de este plazo consiste en un requisito de admisibilidad de la demanda.

Queda por explicar la excepción. En efecto, las dos primeras limitaciones no pueden aplicarse si los hechos del caso corresponden a crímenes contrarios a los valores y garantías del CEDH. Esta excepción ha sido denominada cláusula humanitaria. A continuación, se explicarán los pormenores de cada una de estas reglas.

---

<sup>981</sup> Tal como señala el TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., párr. 161, “*having regard to the principle of legal certainty, the Court's temporal jurisdiction as regards compliance with the procedural obligation of Article 2 in respect of deaths that occur before the critical date is not open-ended*” [teniendo en consideración el principio de seguridad jurídica, no es ilimitada la competencia temporal del Tribunal relativa al cumplimiento de la obligación procedimental del artículo 2 en relación con las muertes que ocurrieron antes de la fecha crítica]. Cfr. TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 133.

<sup>982</sup> Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., p. 150; el mismo, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, cit., p. 135; KYRIAKOU, “Enforced disappearances in Cyprus...” [En línea], cit., p. 11; el mismo, “Enforced Disappearances in Cyprus...”, cit., p. 195.

### **3.2.2.1. La proximidad temporal entre el hecho y la fecha crítica**

La exigencia de la proximidad temporal requiere que no haya transcurrido un período de tiempo desproporcionado entre la infracción sustantiva de un derecho y la fecha crítica<sup>983</sup>. En los casos de desapariciones forzadas, la muerte puede acreditarse mediante pruebas directas o a través de prueba de presunciones que opere sobre la base del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho y de otras circunstancias fácticas que permitan inferir la muerte del desaparecido. Lo que demanda este primer criterio temporal es que no haya transcurrido una cantidad exagerada de tiempo entre la fecha de muerte y la fecha crítica.

### **3.2.2.2. La exigencia de que la mayor proporción de los procedimientos se haya realizado con posterioridad a la fecha crítica**

La segunda limitación exige que una proporción significativa del procedimiento se haya desarrollado con posterioridad a la fecha crítica. Según la jurisprudencia, este procedimiento debe incluir “*la investigación efectiva de la muerte de la persona involucrada y la institución de procedimientos apropiados con el propósito de determinar la causa de muerte y velar para que los autores respondan de sus actos*”<sup>984</sup>, como asimismo “*la adopción de una proporción significativa de las actuaciones que fueran decisivas para el curso de la investigación*”<sup>985</sup>.

### **3.2.2.3. La interpretación del cómputo del plazo de admisibilidad en base a la “diligencia” de los demandantes**

Uno de los requisitos de admisibilidad de las demandas estriba en que su presentación debe realizarse en un plazo de seis meses, contado desde la fecha de la

---

<sup>983</sup> Cfr. TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., párr. 163; el mismo, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 145.

<sup>984</sup> TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., párr. 163: “*effective investigation into the death of the person concerned but also the institution of appropriate proceedings for the purpose of determining the cause of the death and holding those responsible to account*”.

<sup>985</sup> TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 147: “*the undertaking of a significant proportion of the procedural steps that were decisive for the course of the investigation*”.

decisión interna definitiva<sup>986</sup>. En la sentencia *Varnava y otros vs. Turquía* el TEDH realizó una interpretación bastante peculiar de esta regla de admisibilidad. Recuérdese que en esta sentencia se defendió la competencia temporal del Tribunal considerándose que la obligación de investigar las desapariciones forzadas se prolonga en el tiempo. De hecho, pese al transcurso de 34 años sin noticia alguna de las personas desaparecidas y pudiendo incluso presumirse su muerte, el Estado tenía la obligación de continuar la investigación.

Para limitar el alcance de esta competencia, la sentencia introdujo un nuevo requisito temporal, según el cual los familiares del desaparecido debían ser diligentes en la presentación de la demanda evitando incurrir en un retardo injustificado. Literalmente, la sentencia esgrime que *“es indispensable que los demandantes que son familiares de la persona desaparecida, no retarden indebidamente la presentación de la demanda sobre la ineficacia o falta de investigación ante el Tribunal. Con el transcurso del tiempo, las memorias y los testimonios se desvanecen, los testigos pueden morir o tornarse ilocalizables, la prueba se deteriora o deja de existir, las posibilidades de que se realice una investigación efectiva disminuirá paulatinamente y el examen y juzgamiento del Tribunal puede ser privado de sentido y eficacia. En consecuencia, en los casos de desapariciones, los demandantes no pueden esperar indefinidamente antes de venir a Estrasburgo. Ellos deben acreditar un cierto grado de diligencia e iniciativa y presentar sus demandas sin un retardo indebido”*<sup>987</sup>.

---

<sup>986</sup> CEDH, cit., art. 35.

<sup>987</sup> TEDH, *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párr. 161: *“it is indispensable that the applicants, who are the relatives of missing persons, do not delay unduly in bringing a complaint about the ineffectiveness or lack of such investigation before the Court. 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. Accordingly, where disappearances are concerned, applicants cannot wait indefinitely before coming to Strasbourg. They must make proof of a certain amount of diligence and initiative and introduce their complaints without undue delay”*. Por lo tanto, no es exacta la apreciación de GIL GIL, *Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional...*, cit., p. 331, cuando afirma que la doctrina del caso *Varnava* *“hace que un Estado pueda ser responsable por no investigar su pasado histórico sin ningún tipo de límite más que el de la supervivencia de algún interesado legitimado para interponer la demanda ante los tribunales de derechos humanos”*. La interpretación del plazo de 6 meses ha sido pensada para contrarrestar la doctrina sobre la independencia de la investigación y ha servido como impedimento para la activación de la competencia temporal del TEDH en casos similares, como se verá más adelante.



Esta exigencia es polémica, ya que cabe preguntarse cuándo se entiende que los familiares incurren en ese retardo indebido. Según la sentencia, esa situación se produce si los familiares *“han adquirido o deberían haber adquirido la conciencia de que no se ha iniciado ninguna investigación o de que la investigación ha decaído en la inactividad o se ha tornado ineficaz y, en cualquiera de esas eventualidades, no existe una posibilidad inmediata y realista de que una investigación efectiva sea realizada en el futuro. Cuando haya iniciativas en curso en relación con una situación de desapariciones, los demandantes pueden razonablemente esperar los desarrollos que podrían resolver factores cruciales o cuestiones especiales. De hecho, en la medida en que haya algún contacto significativo entre los familiares y las autoridades en relación a las demandas y requerimientos de información o alguna indicación o posibilidad realista de progreso en las medidas investigativas, no se generaran motivos de retardo indebido. Sin embargo, cuando transcurra un considerable período de tiempo y haya retardos y pausas en la actividad investigativa, llegará un momento en que los familiares deben darse cuenta que ninguna investigación efectiva ha sido o será realizada”*<sup>988</sup>.

La sentencia agrega que si no se ha realizado ninguna investigación a nivel interno, los familiares pueden esperar varios años para presentar el caso ante el TEDH. En cambio, si se ha realizado alguna clase de investigación, los familiares pueden esperar algunos años más. Sin embargo, el TEDH arguye que no es posible sobrepasar un plazo máximo de diez años. Transcurrido ese plazo, los demandantes deben demostrar que se realizó algún avance en la investigación que ha justificado el retardo en la presentación de la demanda<sup>989</sup>.

---

<sup>988</sup> TEDH, *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párr. 165: *“have, or should have, become aware that no investigation has been instigated or that the investigation has lapsed into inaction or become ineffective and, in any of those eventualities, there is no immediate, realistic prospect of an effective investigation being provided in the future. Where there are initiatives being pursued in regard to a disappearance situation, applicants may reasonably await developments which could resolve crucial factual or legal issues. Indeed, as long as there is some meaningful contact between families and authorities concerning complaints and requests for information, or some indication, or realistic possibility, of progress in investigative measures, considerations of undue delay will not generally arise. However, where there has been a considerable lapse of time, and there have been significant delays and lulls in investigative activity, there will come a moment when the relatives must realise that no effective investigation has been, or will be provided. When this stage is reached will depend, unavoidably, on the circumstances of the particular case”*.

<sup>989</sup> *Íd.*, párr. 166. En el mismo párrafo se dice que se aplicarán requisitos más estrictos si se comprueba que los demandantes tienen acceso directo a las autoridades investigativas nacionales.

#### **3.2.2.4. La cláusula humanitaria como excepción a la aplicación de algunas exigencias temporales**

El TEDH ha creado una excepción a la limitante del vínculo real entre la muerte de la víctima y la fecha crítica. Esta excepción ha sido denominada “cláusula humanitaria” y su concurrencia permite activar la competencia temporal del Tribunal Europeo aunque no exista el mencionado vínculo.

Para que se aplique la cláusula humanitaria es necesario que *“el hecho haya sido de una dimensión más amplia que un delito común y que haya conllevado la negación de las propias bases de la Convención. Este sería el caso de los crímenes graves del Derecho internacional, como los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad”*<sup>990</sup>. Parece ser que el Tribunal Europeo quisiera evitar la aplicación de limitaciones formales para el conocimiento de los crímenes más graves del Derecho internacional y que en calidad de tales son contrarios a las garantías y valores protegidos por el CEDH<sup>991</sup>.

Sin embargo, en esa misma sentencia el TEDH se encargó de inventar una contra-excepción, según la cual la cláusula humanitaria no puede ser aplicada a hechos anteriores al 4 de noviembre de 1950, fecha de adopción del CEDH, porque *“fue sólo entonces que el Convención comenzó su existencia como tratado internacional”*<sup>992</sup>.

#### **3.2.3. Reflexiones críticas sobre la aplicación de las exigencias temporales a los casos de desapariciones forzadas**

La aplicación de las exigencias temporales ha evitado la configuración de la competencia *ratione temporis* en numerosos casos sobre desapariciones forzadas. Se

---

<sup>990</sup> TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 150: *“the triggering event was of a larger dimension than an ordinary criminal offence and amounted to the negation of the very foundations of the Convention. This would be the case with serious crimes under international law, such as war crimes, genocide or crimes against humanity”*. Cfr. íd., párr. 149 y Joint Partly Dissenting Opinion of Judges ZIEMELE, DE GAETANO, LAFFRANQUE and KELLER, párr. 31. Este test ya había sido formulado en la sentencia *Šilih vs. Slovenia*, cit., párr. 163, pero sin que se especificare su contenido.

<sup>991</sup> Según íd., párr. 151, se trata de crímenes cuya gravedad y crueldad ha impulsado la adopción de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, cit. Sin embargo, ¿cómo puede ser posible que se impongan limitaciones temporales a ilícitos que no prescriben?

<sup>992</sup> Íd., párr. 151: *“for it was only then that the Convention began its existence as an international human rights treaty”*.

trata de requisitos que presentan muchos problemas técnicos, lógicos y jurídicos, tal como se expondrá a continuación a propósito de cada regla.

Antes de abordar el análisis crítico debe hacerse referencia a un caso sobre desapariciones forzadas ocurridas antes de la fecha crítica en que dichas exigencias no fueron aplicadas. Se trata de la sentencia *Chipre vs. Turquía*, sobre la desaparición forzada de 1491 griego-chipriotas en el contexto de la invasión de Turquía en el Norte de Chipre durante la década de los setenta. Pese a tratarse de desapariciones forzadas comenzadas antes de la fecha crítica, el Estado demandado no alegó la incompetencia temporal del TEDH, con lo cual la cuestión no fue tratada en profundidad por la sentencia, que se limitó a destacar la violación continuada de la obligación de investigación concebida como un deber procedimental del derecho a la vida<sup>993</sup>. Si bien se trata de un caso importante, por haber reconocido el carácter permanente de esa obligación, no lo es tanto para explicar la cuestión de las exigencias temporales, que comenzaron a ser aplicadas en sentencias posteriores<sup>994</sup>.

Tras este breve paréntesis, a continuación se expondrán las principales críticas que pueden dirigirse contra las exigencias temporales.

---

<sup>993</sup> TEDH, *Cyprus vs. Turkey*, cit., párrs. 129-136.

<sup>994</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., pp. 138-139; KYRIAKOU, “Enforced Disappearances in Cyprus...”, cit., p. 191; el mismo, “Enforced disappearances in Cyprus...” [En línea], cit., p. 5.

Hay otras sentencias sobre desapariciones en que la cuestión de las exigencias temporales no fue discutida en profundidad, a pesar de que los hechos eran anteriores a la fecha crítica. Por ejemplo, el caso *Tashukhadzhiyev vs. Russia*, application no. 33251/04, judgment, 25 de octubre 2011, la desaparición ocurrió en 1996, antes de que Rusia ratificara el CEDH en 1998. El Estado demandado no opuso excepción de incompetencia temporal, aunque alegó que no se habían agotado los recursos internos. El demandante fue informado de la decisión que ponía fin a la investigación en junio de 2004 y la demanda ante el TEDH se interpuso en agosto de ese mismo año. El TEDH se declaró incompetente para conocer lo relativo a la muerte de la víctima, pero no respecto de la infracción del deber de investigar. Aunque la mayor parte de la investigación se había realizado estando vigente el Convenio y el demandante había sido muy diligente para presentar la demanda ante el Tribunal Europeo, la sentencia no abordó un análisis técnico de estos antecedentes (párrs. 57-82). El TEDH reconoció el carácter permanente de la desaparición forzada y de la obligación de investigarla, declarando la infracción del derecho a la vida (párrs. 75-79).

### 3.2.3.1. El carácter indeterminado de la proximidad temporal y de la proporción de actos procedimentales

En cuanto a la proximidad temporal, en el caso *Šilih vs. Eslovenia* se estimó que el TEDH era temporalmente competente y no aplicó esta limitante, porque la muerte se había producido sólo un año antes de la fecha crítica<sup>995</sup>.

Sin embargo, esta limitante ha sido aplicada en otras sentencias, por ejemplo, en el caso *Janowiec y otros vs. Rusia*. Como la masacre de Katyn se produjo en 1940, cincuenta años antes de la fecha crítica, el TEDH estimó que no se había cumplido el requisito de la proximidad temporal<sup>996</sup>.

Esta limitante también ha sido aplicada a los casos sobre desapariciones ocurridas durante la Guerra Civil española, por ejemplo, en la decisión *Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz vs. España*, sobre la desaparición forzada del diputado socialista Dorado Luque ocurrida en 1936. La cuestión era compleja, porque España ratificó el CEDH el 4 de octubre de 1979 y aceptó la competencia del TEDH para conocer demandas individuales a partir del 1 de julio de 1981. En este caso, una parte de los procedimientos internos se había desarrollado entre 1979 y 1993, aunque en 2006 se había abierto una investigación penal. Pese a que la sentencia presume injustamente que la muerte de la víctima se había producido en 1936<sup>997</sup>, el TEDH recordó que la obligación de investigar era independiente y que se prolongaba en el tiempo hasta después de la fecha crítica<sup>998</sup>. Sin embargo, al aplicar el test del vínculo real, la sentencia consideró que “*la queja procesal de los demandantes se relaciona con un hecho acontecido catorce años antes de la adopción del Convenio de 4 de noviembre de 1950 y cuarenta y tres años antes de su ratificación por España el 4 de octubre de 1979 [...] En estas circunstancias, es difícil concluir que haya una verdadera conexión entre la muerte del familiar de los demandantes (1936) y la entrada en vigor para España del Convenio (1979)*”<sup>999</sup>.

---

<sup>995</sup> TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., párr. 165.

<sup>996</sup> TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 157.

<sup>997</sup> TEDH. *Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz contra España*, decisión, demanda nº 30141/09, 27 de marzo de 2012, párr. 33, fundando esta conclusión en la decisión del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Málaga que había declarado el fallecimiento de la víctima ordenando la inscripción de su defunción.

<sup>998</sup> *Íd.*, párr. 34.

<sup>999</sup> *Íd.*, párr. 36.

La principal crítica que puede plantearse a este requisito es su indeterminación, dado que no se especifica el tiempo máximo que puede transcurrir desde los hechos hasta la fecha crítica<sup>1000</sup>. Aunque en la sentencia *Varnava* se considera que el plazo máximo no puede superar los diez años, no se explica por qué se ha fijado esa cuantía<sup>1001</sup>.

También ha tenido aplicación práctica la exigencia de que la mayor parte del procedimiento se desarrolle con posterioridad a la fecha crítica. En el caso *Šilih vs. Eslovenia* se concluyó que la mayor parte del procedimiento se había llevado a cabo después de la fecha crítica, con lo cual la limitante no pudo ser aplicada<sup>1002</sup>. Sin embargo, en el caso *Janowiec* el TEDH consideró que el descubrimiento de las fosas comunes, las visitas de las delegaciones de los países interesados y las investigaciones forenses tuvieron lugar, en su gran mayoría, con anterioridad a la fecha crítica, con lo cual no se satisfacía el requisito de que la mayor parte de los actos procedimentales fuese posterior a dicha fecha<sup>1003</sup>.

La limitante sobre la proporción de los actos procedimentales también merece serias críticas. En primer lugar, su contenido viene descrito en términos muy difusos, con lo cual no es posible saber con certeza qué actos deben realizarse con posterioridad a la fecha crítica. Además, este requisito puede generar un efecto adverso, porque si no se realiza ningún tipo de procedimiento con posterioridad a la fecha crítica, el TEDH no sería temporalmente competente<sup>1004</sup>, con lo cual los Estados tendrían un incentivo para no investigar los hechos pese a tener conocimiento de la comisión de ilícitos<sup>1005</sup>.

Por otra parte, la sentencia *Janowiec y otros vs. Rusia* excluyó que las actividades de una comisión de la verdad puedan ser incluidas entre los actos procedimentales<sup>1006</sup>. Los votos separados y disidentes de esta sentencia critican esta conclusión, porque es contradictoria con el reconocimiento internacional del derecho a

---

<sup>1000</sup> GIL GIL, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional...”, cit., pp. 327-328 y 343.

<sup>1001</sup> TEDH, *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párr. 166. Cfr. el mismo, *Er and others vs. Turkey*, cit., párr. 59; el mismo, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 146.

<sup>1002</sup> TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., párr. 165 y Concurring Opinion of Judge LORENZEN, p. 51.

<sup>1003</sup> TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párrs. 158-159.

<sup>1004</sup> Cfr. TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., Concurring Opinion of Judge LORENZEN, p. 50 y críticamente, íd., Joint Dissenting Opinion of Judges BRATZA and TÜRMEN, párr. 12.

<sup>1005</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., p. 137.

<sup>1006</sup> TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 143.

la verdad y porque en los procesos transicionales los tribunales de justicia actúan coordinadamente con las comisiones de la verdad<sup>1007</sup>. Además, dependiendo del caso, las comisiones de la verdad pueden llevar a cabo funciones investigativas y otros tipos de tareas complementarias a la acción de la justicia<sup>1008</sup>.

### **3.2.3.2. La irracionalidad de la interpretación del plazo de admisibilidad en base a la diligencia de los demandantes**

Si bien el requisito de la regla de los seis meses fue elaborado en el caso *Varnava*, el TEDH había declarado inadmisibles dos casos anteriores sobre desapariciones forzadas de nacionales chipriotas ocurridas en el marco de la situación de violencia interna entre las comunidades turco-chipriota y griego-chipriota. Se trata de los casos *Baybora y otros* y *Karabardak y otros*, ambos contra Chipre. En esas decisiones ya se adelantaba el espíritu de la interpretación de la regla del plazo de seis meses, pero sin que se desarrollara su contenido. Insólitamente, la sentencia en la sentencia *Varnava* se hace remisión a esas decisiones para explicar que en ellas había tenido aplicación la exigencia temporal del plazo de 6 meses aunque no se hubiere especificado la interpretación que se hizo de este criterio<sup>1009</sup>. Esta remisión es bastante insólita y demuestra que al TEDH le interesaba proyectar una cierta coherencia en relación a la evolución jurisprudencial de este criterio<sup>1010</sup>.

De todos modos, la regla no tuvo aplicación en el caso *Varnava*, porque en base a la valoración de los procedimientos desarrollados a nivel interno y ante organismos de Naciones Unidas, el TEDH estimó que los demandantes deberían haber alcanzado la

---

<sup>1007</sup> Íd., Joint Partly Dissenting Opinion of Judges ZIEMELE, DE GAETANO, LAFFRANQUE and KELLER, párr. 9.

<sup>1008</sup> Sobre estas funciones complementarias, vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. “Derecho a la verdad y desapariciones forzadas durante la guerra civil y el franquismo: una perspectiva desde el Derecho internacional”, en ESCUDERO ALDAY, Rafael/PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (eds.), *Desapariciones Forzadas, Represión Política y Crímenes del Franquismo*. Madrid: Trotta, 2013, p. 72. Para un repaso de las funciones que puede desempeñar una comisión de la verdad, vid. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cit., principio 8.

<sup>1009</sup> Cfr. TEDH, *Baybora and Others vs. Cyprus*, admissibility decision, application no. 77116/01, 22 de octubre de 2002, pp. 4-5; el mismo, *Karabardak and Others vs. Cyprus*, admissibility decision, application no. 76575/01, 22 de octubre de 2002, pp. 4-5; el mismo, *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párr. 171. Esta remisión y la justificación de la inadmisibilidad son criticados en íd., Joint Concurring Opinion of Judges SPIELMANN and POWER, párrs. 4-5.

<sup>1010</sup> Esta remisión y la justificación de la inadmisibilidad son criticados en íd., Joint Concurring Opinion of Judges SPIELMANN and POWER, párrs. 4-5.

consciencia de que la investigación no sería eficaz a fines de la década de los noventa. Dado que la demanda fue presentada en enero de 1990, el Tribunal estimó que los demandantes no habían incurrido en un retardo injustificado<sup>1011</sup>.

Sin embargo, las repercusiones de este requisito serían mucho más notorias en la jurisprudencia posterior. Sólo dos meses después de este pronunciamiento, en diciembre de 2009, el TEDH declaró inadmisibles unas cincuenta demandas relacionadas con casos de desapariciones forzadas ocurridas en el norte de Chipre. Algunas de estas demandas habían sido presentadas en 1999 y otras entre noviembre de 2004 y agosto de 2009. El TEDH aplicó la regla del plazo de seis meses según la interpretación esbozada en *Varnava*, limitándose a la cita textual de los párrafos de esta sentencia y sin un esfuerzo argumentativo adicional<sup>1012</sup>.

Este criterio ha sido sistemática y automáticamente aplicado a otros casos relacionados con el contexto turco, por ejemplo, *Ioannou Iacovou y otros vs. Turquía y Açış vs. Turquía*, cuyas respectivas demandas fueron presentadas en 2008 y 2005, es decir, después de “fines de los noventa”<sup>1013</sup>.

La regla también fue aplicada en el caso *Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz contra España*. Según esta decisión, “la desaparición ocurrió durante un conflicto interno. Aunque el Tribunal sea consciente de las dificultades de los demandantes para presentar sus quejas antes los tribunales nacionales, incluso después del final del régimen de Franco, teniendo en cuenta la Ley de Amnistía de 1977, ésta no les exime del deber de actuar con la debida diligencia para presentar su caso ante el Tribunal sin dilaciones indebidas. El Tribunal observa que el derecho de demanda individual es aplicable a España desde el 1 de julio de 1981. Teniendo en cuenta el hecho que en los años siguientes no hubo ninguna investigación oficial sobre las circunstancias de la

---

<sup>1011</sup> TEDH, *Varnava and others vs. Turkey*, cit., párrs. 167-170.

<sup>1012</sup> Cfr. TEDH, *49 applications vs. Turkey*, admissibility decision, application no. 43422/04, 4568/05, 4577/05, 4613/05, 4617/05, 4630/05, 4636/05, 4638/05, 4687/05, 4711/05, 4821/05, 4829/05, 4834/05, 4844/05, 4847/05, 4888/05, 4891/05, 4896/05, 4901/05, 4920/05, 4927/05, 4931/05, 4936/05, 4947/05, 4983/05, 5030/05, 5039/05, 5044/05, 5077/05, 6631/05, 26541/05, 26557/05, 26562/05, 26566/05, 26569/05, 26610/05, 26612/05, 26634/05, 26666/05, 26670/05, 38948/05, 45653/06, 11457/07, 30881/08, 37368/08, 46369/08, 54060/08, 521/09 and 43094/09, 1 de diciembre de 2009, pp. 2-5; el mismo, *Karefyllides and others vs. Turkey*, admissibility decision, application no. 45503/99, 1 de diciembre de 2009, pp. 4-9; el mismo, *Hatzigeorgiou and others vs. Turkey*, admissibility decision, application no. 56446/00, 1 de diciembre de 2009, pp. 4-5.

<sup>1013</sup> Cfr. TEDH, *Ioannou Iacovou and Others vs. Turkey*, partial admissibility decision, applications nos. 24506/08, 24730/08, 60758/08, 5 de octubre de 2010, pp. 3-4; el mismo, *Açış vs. Turquie*, arrêt, requête no 7050/05, 1 de febrero de 2011, párr. 41-42.

*persona desaparecida, debió haber sido evidente para los demandantes que no había ninguna esperanza realista de que en un futuro cercano progresara tanto la localización del cuerpo como la determinación de la suerte de su pariente. Sin embargo, hasta el año 2006 la segunda demandante no presentó una denuncia penal ante los tribunales nacionales en relación con el secuestro y posible asesinato de su padre, D. Luis Dorado Luque, es decir, veinticinco años después de que el derecho de demanda individual ante el Tribunal pudiera ser ejercido; y la demanda ante el Tribunal no se ha presentado hasta el 1 de junio de 2009, es decir, casi veintiocho años después de dicha fecha, y setenta y tres años después de la desaparición. Por lo tanto, debe concluirse que los demandantes no mostraron la debida diligencia para cumplir con los requisitos que se derivan del Convenio y de la jurisprudencia del Tribunal en relación con desapariciones”<sup>1014</sup>.*

Como si todo lo anterior no fuere suficiente, el TEDH ha sido muy estricto en la valoración de los actos procesales que pueden justificar una dilación en la presentación de la demanda. Así, la sentencia *Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz contra España* consideró que la investigación penal abierta en 2006 no justificaba una suspensión del plazo<sup>1015</sup>.

En relación con este punto, la exigencia del TEDH merece crítica. En efecto, la exigencia se plantea en términos subjetivos, dado que se requiere a los demandantes tener la “conciencia” de que la investigación no producirá resultados. Sin embargo, este aspecto subjetivo debe deducirse de los hechos. En el caso en análisis, no es posible inferir que los demandantes tuvieran esa conciencia. Todo lo contrario, porque si acudieron a los Tribunales cabe suponer que tenían una esperanza de que la investigación podía ser eficaz<sup>1016</sup>. A través de este tipo razonamiento, el TEDH exige a

---

<sup>1014</sup> TEDH, *Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz contra España*, cit., párr. 39. Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., p. 150, criticando la sentencia por no fijar la fecha a partir de la cual debió contabilizarse el plazo.

<sup>1015</sup> TEDH, *Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz contra España*, cit., párrs. 40-41. Cfr. conclusiones similares en TEDH, *Açiş vs. Turquie*, cit., párrs. 6-22, 37-43 y 44-45, indicando un conjunto de actuaciones realizadas por los demandantes; el mismo, *Ioannou Iacovou and Others vs. Turkey*, cit., p. 4, dando cuenta de que el descubrimiento de los restos mortales de la víctima fue considerado como hecho que hacía aplicable la regla 54(2)(b) del Reglamento del Tribunal (TEDH. Registry of the Court. *Rules of Court*, cit.) en cuya virtud se solicitó al Estado demandado presentar observaciones escritas sobre ese hecho, aunque la demanda haya sido declarada inadmisibile.

<sup>1016</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., p. 150.



los demandantes poseer poderes o facultades premonitorios sobre el resultado de las actuaciones judiciales que se realizan a nivel interno. En otras palabras, los demandantes deberían ser lo suficientemente clarividentes como para prever *ex ante* qué actuaciones pueden resultar eficaces y cuáles no. Por ende, se trata de una exigencia ridícula y absurda.

En el caso *Canales Bermejo vs. España* las exigencias temporales fueron aplicadas mediante una decisión no motivada que se remitió al caso anterior<sup>1017</sup>. En este sentido, lleva razón CHINCHÓN ÁLVAREZ cuando argumenta que la doctrina de las exigencias temporales está siendo aplicada de una manera automática por el TEDH, sin ningún tipo de reflexión previa<sup>1018</sup>. En opinión de GIL GIL, “*el TEDH parece haber resuelto el tema de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo de la forma más cómoda para él, es decir, evitando pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas más peliagudas y discutidas, que en muchas ocasiones su propia jurisprudencia ha suscitado*”<sup>1019</sup>.

La brevedad de la decisión contrasta con la extensa y documentada demanda presentada por Rights International Spain, en la que se da cuenta de las causas que imposibilitaron al demandante acudir a los tribunales de justicia tras el retorno de la democracia y de los motivos por los que cabía concluir que tras la sentencia del Tribunal Supremo del 27 de febrero de 2012 sobre el caso Baltasar Garzón, era muy difícil que progresara una investigación penal sobre los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo<sup>1020</sup>.

A todo lo anterior siguen produciéndose situaciones preocupantes. En efecto, la interpretación del plazo de admisibilidad en base a la diligencia de los demandantes también está siendo aplicada a casos de desapariciones forzadas cometidas durante la vigencia del CEDH. Por ejemplo, en el caso *Er y otros vs. Turquía* se valoró si los demandantes habían sido suficientemente diligentes para presentar con prontitud la demanda ante el TEDH. En este caso la limitante no fue aplicada, porque se concluyó

---

<sup>1017</sup> TEDH, *Canales Bermejo vs. España*, decisión de inadmisibilidad, demanda n° 54264/12, 12 de noviembre de 2012, p. 1.

<sup>1018</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., pp. 154-155.

<sup>1019</sup> GIL GIL, “Los crímenes de la guerra civil española...”, cit., p. 23.

<sup>1020</sup> RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN. *Canales Bermejo vs. España*, demanda n° 54264/12 [En línea]. *Rights International Spain*. Disponible en <<http://ris.hrahead.org/casos/casos-de-ris/caso-canales-bermejo-c-espana-tedh/documentacion-del-caso>>. [Consulta: 21 de mayo de 2014].

que la actitud de los demandantes había sido proactiva y porque la presentación de la demanda ante el Tribunal Europeo se realizó poco después de la comunicación de la decisión que ponía término a la investigación<sup>1021</sup>. Sin embargo, este pronunciamiento merece serias críticas, porque aplica a casos de desapariciones que comenzaron estando vigente el Convenio, una limitante temporal que ha sido pensada para desapariciones comenzadas con anterioridad a la fecha crítica. Si esta exigencia temporal es incompatible con la naturaleza de ilícitos continuados que comienzan antes de la vigencia del tratado, resulta aún más criticable su aplicación a las desapariciones ocurridas con posterioridad a la fecha crítica.

En definitiva, la interpretación que se ha hecho de la regla del plazo de seis meses es incompatible con las consecuencias jurídicas que debe surgir de un hecho ilícito permanente como la desaparición forzada<sup>1022</sup>. De nada vale que el TEDH malgaste ampulosas palabras en favor del carácter permanente de la desaparición forzada, si luego procede a inventarse una limitación de dudoso sustento normativo por medio de la que desactiva las consecuencias jurídicas de la permanencia, entre otras, la configuración de la competencia temporal.

Por otra parte y siguiendo a CHINCHÓN ÁLVAREZ, la aplicación de esta regla puede generar el efecto perverso de incentivar a los Estados a no investigar las desapariciones, porque el transcurso del tiempo juega en contra de los intereses de los demandantes<sup>1023</sup>.

También puede criticarse la indeterminación de este criterio, porque no indica el momento a partir del cual los familiares deberían tener la conciencia de que la investigación no podrá ser efectiva. Sin perjuicio de ello, es ajeno a la realidad exigir tan elevado grado de diligencia a los familiares. Lo que cabe suponer es que su principal aspiración sea la búsqueda de la justicia, la verdad y la reparación, aspiración que les

---

<sup>1021</sup> TEDH, *Er and others vs. Turkey*, cit., párrs. 45-61.

<sup>1022</sup> Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., pp. 142 y 145. Cfr. las opiniones de los siguientes jueces: TEDH, *Varnava and others vs. Turkey*, cit., Concurring Opinion of Judge ZIEMELE, párrs. 8-11 y Joint Concurring Opinion of Judges SPIELMANN and POWER, párrs. 1-6. En cambio, se manifiesta favorable a la aplicación de la regla, *id.*, Concurring Opinion of Judge VILLINGER, p. 74.

<sup>1023</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., pp. 142-143. Cfr. KYRIAKOU, “Enforced disappearances in Cyprus...” [En línea], cit., p. 12; el mismo, “Enforced Disappearances in Cyprus...”, cit., p. 196.

impulsa a plantear reclamaciones ante los tribunales de justicia<sup>1024</sup>. Incluso cabe preguntarse si es legítimo exigir a los familiares que valoren *ex ante* la eficacia la investigación, actividad de suyo técnica, compleja y circunstancial<sup>1025</sup>.

Tampoco es realista establecer este tipo de limitaciones de cara a las circunstancias que rodean un hecho represivo como la desaparición forzada, circunstancias que se caracterizan por diluir la certidumbre del Derecho y debilitar la seguridad jurídica. Ya se ha comentado en este trabajo que durante las épocas autoritarias las garantías procesales pierden eficacia, de modo que imponer a los demandantes un grado de “diligencia” desproporcionado es contradictorio con esta situación<sup>1026</sup>.

Para finalizar, cabe citar algunos casos sobre desapariciones forzadas acontecidas en el norte de Chipre durante las tensiones internas entre las comunidades turco-chipriota y griego-chipriota en la década de los sesenta, como asimismo en el contexto de la invasión turca en la década de los setenta. En estos casos, el TEDH consideró que el descubrimiento y la identificación de los restos mortales de las víctimas acontecidos después de la fecha crítica representaban antecedentes nuevos que hacían renacer la obligación de investigación. Aunque el descubrimiento de los restos mortales ocurrió después de la fecha crítica, el TEDH valoró de todas formas si los demandantes habían cumplido con la prontitud requerida por la regla del plazo de admisibilidad de seis meses. Esta vez, la limitante no fue aplicada porque los demandantes acudieron al TEDH poco tiempo después de ser notificados del informe que identificaba a sus familiares desaparecidos<sup>1027</sup>.

Hasta este punto, el razonamiento parece ser coherente con el resto de los casos explicados, pero hay una peculiaridad que debe ser mencionada. Cuando se procedió a

---

<sup>1024</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., p. 143.

<sup>1025</sup> Cfr. KYRIAKOU, “Enforced disappearances in Cyprus...” [En línea], cit., p. 12; el mismo, “Enforced Disappearances in Cyprus...”, cit., p. 196, opinando que la carga de la prueba resulta invertida en perjuicio del demandante, siendo que en estos casos suele ser el Estado quien detenta un acceso más directo a las fuentes de prueba.

<sup>1026</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, cit., pp. 136-137, en relación con la Guerra Civil española.

<sup>1027</sup> Cfr. TEDH. *Charalambous and others vs. Turkey and 28 other applications*, admissibility decision, application no. 46744/07, 1 de julio de 2010, párrs. 51-54; el mismo, *Semral Emin (Mustafa) and others vs. Cyprus and six other applications*, admissibility decision, application no. 59623/08, 3 de julio de 2010, párrs. 22-26.

analizar si una eventual violación procedimental al derecho a la vida podía motivar la admisibilidad de estas demandas, el TEDH consideró que a nivel nacional todavía se estaban realizando diligencias investigativas. Agregó que estas diligencias habían permitido la identificación de las víctimas. Asimismo, basándose en el hecho de que se trataba de una nueva obligación de investigar que había surgido por la concurrencia de antecedentes desconocidos, el TEDH flexibilizó la interpretación de los estándares de la investigación en plena contradicción con su jurisprudencia sobre este tipo de casos. Aunque consideró que la investigación interna tenía algunos defectos, concluyó que no se habían infringido los estándares de esta obligación y declaró inadmisibile la demanda por estar manifiestamente infundada<sup>1028</sup>.

Esta cuestión es sumamente discutible si se tiene en consideración que el Estado turco ha incumplido sistemáticamente su obligación de investigar las desapariciones forzadas asociadas a esos contextos, generando una situación manifiesta de impunidad. Pero además, si se compara esta conclusión con las decisiones anteriores que aplicaron el plazo de seis meses, se torna imposible comprender lo que pretende el TEDH de los demandantes. En efecto, si los demandantes demoran demasiado en la presentación de la demanda y no justifican las razones de esta dilación, el Tribunal se declarará incompetente aplicando el plazo de seis meses. En cambio, si los demandantes son “exageradamente” diligentes y presentan la demanda “demasiado” pronto, su demanda podría ser declarada manifiestamente infundada porque aún no ha transcurrido un tiempo prudencial para valorar el cumplimiento de los estándares de investigación<sup>1029</sup>.

### **3.2.3.3. La ineficacia de la cláusula humanitaria**

El contexto fáctico sobre el cual se pronunció la sentencia *Janowiec y otros vs. Rusia* era ideal para la aplicación de la cláusula humanitaria, ya que una masacre en que

---

<sup>1028</sup> TEDH, *Charalambous and others vs. Turkey and 28 other applications*, cit., párrs. 55-66, el mismo, *Semral Emin (Mustafa) and others vs. Cyprus and six other applications*, cit., párrs. 27-38.

<sup>1029</sup> Así, no tiene razón KYRIAKOU, “Enforced disappearances in Cyprus...” [En línea], cit., pp. 13-14; el mismo, “Enforced Disappearances in Cyprus...”, cit., p. 197, cuando argumenta que en relación al contexto turco, las demandas sobre desapariciones anteriores a la fecha crítica tienen esperanza de ser admitidas si se presentan antes de 1990 o si se produce el descubrimiento de los restos mortales después de la fecha crítica. Sin embargo, los casos citados demuestran que el TEDH ha creado otros obstáculos para la admisibilidad de la demanda.

se aniquilan 22.000 personas es a todas luces un crimen gravísimo contrario a los valores del CEDH.

Aunque el TEDH pareció compartir tímidamente esta conclusión, no recurrió a la cláusula humanitaria, porque los hechos se produjeron una década antes de la adopción del CEDH, siendo aplicable la contra-excepción<sup>1030</sup>. Para justificar su posición el TEDH argumentó que *“aunque la Corte es sensible al argumento de que incluso en el presente algunos países han juzgado con éxito los responsables de los crímenes de Guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, debe subrayarse que la diferencia fundamental que existe entre tener la posibilidad de juzgar a un individuo por crímenes graves del Derecho internacional cuando las circunstancias lo permitan y estar obligado a hacerlo de conformidad con el Convenio”*<sup>1031</sup>.

Esta decisión motivó la durísima opinión disidente de los jueces ZIEMELE, DE GAETANO, LAFFRANQUE y KELLER, para quienes el TEDH privó de todo efecto a la cláusula humanitaria vaciándola de contenido y cerró la puerta al conocimiento de cualquier violación grave que hubiere ocurrido con anterioridad a la fecha de adopción del CEDH. Además, la distinción que el TEDH intenta trazar entre el Derecho internacional general y la aplicación particular del Convenio es insostenible, sobre todo si se considera que la misma jurisprudencia del TEDH ha sugerido tradicionalmente que ese tratado debe ser interpretado de conformidad con el Derecho internacional general. Los jueces disidentes argumentan que la tendencia a nivel internacional y nacional es contraria a la defendida en la sentencia, dado que se intenta al menos investigar las graves violaciones a los derechos humanos y reparar a las víctimas. La opinión disidente concluye que la sentencia ignora los fines intrínsecos del sistema europeo de protección que imponen al TEDH actuar como la “consciencia de Europa”, defendiendo los derechos protegidos en el Convenio, no de un modo teórico o ilusorio, sino práctico

---

<sup>1030</sup> TEDH, *Janowiec and others vs. Russia*, cit., párr. 161.

<sup>1031</sup> Íd., párr. 151: *“Although the Court is sensitive to the argument that even today some countries have successfully tried those responsible for war crimes committed during the Second World War, it emphasises the fundamental difference between having the possibility to prosecute an individual for a serious crime under international law where circumstances allow it, and being obliged to do so by the Convention”*.

y efectivo. La postura del TEDH contradijo esta finalidad al interpretar de la manera más inhumanitaria posible una cláusula que detenta un sentido humanitario<sup>1032</sup>.

#### 3.2.4. A modo de conclusión

A modo de conclusión, debe mantenerse una posición fuertemente crítica frente las exigencias temporales, porque representan una limitación a la competencia temporal del TEDH respecto de violaciones continuadas de los derechos humanos como las desapariciones forzadas. La imposición de estas exigencias resulta absolutamente incompatible con el carácter continuado de ciertos hechos ilícitos, sobre todo si se trata de crímenes internacionales imprescriptibles<sup>1033</sup>.

La coherencia lógica y la base normativa de cada regla individual deben ser puestas en duda. Si bien el fundamento sobre cuya base el TEDH pretende justificar su doctrina es la seguridad jurídica<sup>1034</sup>, el efecto que genera la indeterminación de cada exigencia temporal es el contrario, difuminando la certeza sobre la determinación de la competencia del Tribunal<sup>1035</sup>.

Según CHINCHÓN ÁLVAREZ la finalidad de estas restricciones es netamente utilitarista, porque pretenden evitar un aumento progresivo de la cantidad ya exagerada de casos que están pendientes de resolución<sup>1036</sup>. Si bien es verdad que una gestión

---

<sup>1032</sup> Íd., Joint Partly Dissenting Opinion of Judges ZIEMELE, DE GAETANO, LAFFRANQUE and KELLER, párrs. 30-35.

<sup>1033</sup> Cfr. TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., Concurring Opinion of Judge ZAGREBELSKY Joined by Judges ROZAKIS, CABRAL BARRETO, SPIELMANN and SAJÓ, p. 55. En doctrina, cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, cit., p. 156; KYRIAKOU, “Enforced disappearances in Cyprus...” [En línea], cit., p. 10; el mismo, “Enforced Disappearances in Cyprus...”, cit., pp. 194-195.

<sup>1034</sup> TEDH, *Šilih vs. Slovenia*, cit., párr. 161.

<sup>1035</sup> Íd., Concurring Opinion of Judge LORENZEN, p. 50; íd., Concurring Opinion of Judge ZAGREBELSKY Joined by Judges ROZAKIS, CABRAL BARRETO, SPIELMANN and SAJÓ, pp. 55-56; íd., Joint Dissenting Opinion of Judges BRATZA and TÜRMEK, pp. 61-62 (párr. 12). En doctrina cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., p. 155; GIL GIL, “Los crímenes de la guerra civil española...”, cit., pp. 21 y 24, criticando la indeterminación de las exigencias temporales, pese a sostener que la concepción de la investigación como una obligación independiente supone aplicar retroactivamente el CEDH, atentando al principio de seguridad jurídica.

<sup>1036</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar...”, cit., pp. 126-127; el mismo, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, cit., p. 135. Según las estadísticas elaboradas por el propio TEDH, el número de casos pendientes a fines de 2013 era de 99.900. Considerando que a fines del año 2012 habían 128.100 casos pendientes, en 2013 se había producido una disminución de un 22%. El número de casos presentados en 2013 fue de 65.900. También resultan interesantes las cifras de casos

deficiente del volumen de trabajo puede tornar ineficiente la labor de un tribunal internacional de derechos humanos, también es cierto que el problema no puede ni debe solucionarse mediante artilugios formales que eviten conocer graves casos de violaciones a los derechos humanos, justamente, porque un tribunal de esa naturaleza debe hacerse cargo de esos ilícitos.

### 3.3. La desaparición como hecho ilícito permanente en la práctica del Comité de Derechos Humanos

El HRC también ha tenido que resolver casos que han planteado el problema de la competencia *ratione temporis* sobre desapariciones comenzadas con antelación a la fecha crítica. A modo de aclaración, este órgano internacional considera que en el marco del PIDCP la fecha crítica coincide con la ratificación del *Protocolo Facultativo* que fija la competencia del HRC para conocer quejas individuales<sup>1037</sup>.

El *case law* de este órgano sobre el problema ha sido elíptico y poco uniforme. Por ejemplo, en los casos *R. A. V. N. y otras personas vs. Argentina* y *S. E. vs. Argentina*, el HRC defendió una interpretación formalista del principio de irretroactividad de los tratados internacionales, declarándose incompetente *ratione temporis* para el conocer desapariciones forzadas comenzadas antes la fecha crítica, a pesar de aceptar su carácter permanente<sup>1038</sup>.

La misma conclusión fue esbozada en el *Acuña Inostroza y otras personas (representados por la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas) vs. Chile*<sup>1039</sup>. Chile había formulado una declaración según la cual el HRC es competente para conocer casos que hubieran comenzado con posterioridad a la fecha de ratificación

---

declarados inadmisibles –89.737 en 2013– en relación a la cantidad de casos que resueltos mediante una sentencia, que en ese mismo año fueron 3.659, presentando un incremento del 118% en relación al año 2012, en que se pronunciaron 1.678 sentencias. Para la consulta de éstas y otras estadísticas, vid. TEDH. *Analysis of Statistics 2013* [En línea]. *European Court of Human Rights*, enero 2014. Disponible en <[http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2013\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2013_ENG.pdf)>. [Consulta: 22 de mayo de 2014].

<sup>1037</sup> *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su res. 2200 A (XXI) de 16 diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, *UNTS*, vol. 999, p. 171.

<sup>1038</sup> Cfr. HRC. *R. A. V. N. y otras personas vs. Argentina*, comunicación n° 344/1988, 26 de marzo de 1990, párrs. 5(2) y 5(3); el mismo, *S. E. vs. Argentina*, comunicación n° 275/1988, 26 de marzo de 1990, párr. 5(2)-(3).

<sup>1039</sup> HRC. *Acuña Inostroza y otras personas (representados por la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas) vs. Chile*. Comunicación N° 717/199623 de julio de 1999, párr. 6(4).

del Pacto, esto es, el 11 de marzo de 1990<sup>1040</sup>. Sin embargo, en este caso algunos comisionados expresaron opiniones disconformes. El comisionado YRIGOYEN sostuvo que la comunicación individual se refería a la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como consecuencia de la falta de investigación, con lo cual el Comité no necesitaba examinar si la declaración formulada por Chile debía considerarse una reserva o una mera declaración y podía concluir que no quedaba excluido *ratione temporis* de examinar la comunicación<sup>1041</sup>. Por su parte, la comisionada CHANET, agregó que la última resolución de la Corte Suprema que agotaba los recursos internos se había emitido con posterioridad a la fecha crítica<sup>1042</sup>.

En un caso idéntico resuelto pocos días, *Vargas Vargas vs. Chile*, el Comité consideró que las eventuales infracciones que podría generar la última resolución de la Corte Suprema hubieran sido de su competencia, pero declaró la inadmisibilidad de la queja individual por ser demasiado genérica. Esta decisión motivó la opinión disidente de los comisionados CHANET y PÓCAR, para quienes la desaparición forzada afectaba el derecho a la personalidad jurídica, afectación que se prolongó en el tiempo con posterioridad a la fecha crítica<sup>1043</sup>.

En otro caso muy ilustrativo, *Yurich vs. Chile*, el HRC se declaró incompetente *ratione temporis*, porque consideró que la fecha de inicio de la desaparición coincidía con el acto de privación de libertad cometido con anterioridad a la fecha crítica. Esta decisión también motivó una opinión disidente de varios comisionados, según la cual el carácter permanente de la desaparición impide la aplicación de la excepción de incompetencia *ratione temporis* y obliga al Estado a investigar los hechos<sup>1044</sup>.

En la misma línea el caso *Cifuentes Elgueta vs. Chile* llegó a una conclusión similar, generando dos opiniones disidentes. Algunos de los comisionados defendieron

---

<sup>1040</sup> *United Nations Treaty Collection*, específicamente, el estado de firmas y ratificaciones del Protocolo Facultativo del PIDCP. Disponible en [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-5&chapter=4&lang=en#EndDec](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en#EndDec). [Consulta: 19 de mayo de 2014].

<sup>1041</sup> HRC, *Acuña Inostroza y otras personas vs. Chile*, cit., voto particular del miembro del comité Hipólito SOLARI YRIGOYEN (disconforme).

<sup>1042</sup> Íd., voto particular del miembro del comité Christine CHANET respecto de las comunicaciones nos. 717/1996 y 718/1996.

<sup>1043</sup> HRC. *Vargas Vargas vs. Chile*, comunicación n° 718/1996, 26 de julio de 1999, párr. 6(1)-(7) y Opinión disidente de Christine CHANET y Fausto PÓCAR.

<sup>1044</sup> HRC. *Yurich vs. Chile*, comunicación n° 1078/2002, 2 de noviembre de 2005, párr. 6(4) e Individual dissenting opinion of committee members Christine CHANET, Rajsoomer LALLAH, Michael O'FLAHERTY, Elisabeth PALM and Hipólito SOLARI-YRIGOYEN.



la naturaleza procedimental y continuada de la obligación de investigar, mientras que otros consideraron que el HRC debió declarar la invalidez de la declaración de Chile anexa a la ratificación del Protocolo, por ser incompatible con el objeto y fin del PIDCP y que se había infringido la obligación de investigar basada en el derecho a la verdad en razón de su conexión con el derecho a un recurso efectivo<sup>1045</sup>.

Por el contrario, en un importante número de casos, el Comité ha considerado que el efecto permanente de la desaparición forzada activa la competencia para conocer las infracciones de la obligación de investigación, obligación que se prolonga más allá de la fecha crítica y que en algunos precedentes ha sido conectada con derechos de carácter sustantivo, como el derecho a la verdad y el derecho a un recurso judicial rápido y efectivo. Ejemplos de estos casos son *Bleier vs. Uruguay*, *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka y Sankara y otros vs. Burkina Faso*<sup>1046</sup>.

### **3.4. La desaparición como hecho ilícito permanente en la práctica del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias**

El GTDFI ha destinado dos comentarios generales al tratamiento del carácter continuo de la desaparición forzada. En el primero advirtió que esta característica debe motivar una interpretación restrictiva de la prescripción<sup>1047</sup>.

En cambio, en el segundo comentario general se alcanzaron conclusiones más radicales. Se reconoció el carácter permanente de las desapariciones forzadas, consideradas como “*prototipos de actos continuos*”<sup>1048</sup> y se propugnó la imposibilidad

---

<sup>1045</sup> HRC. *Cifuentes Elgueta vs. Chile*, comunicación n° 1536/2006, 28 de julio de 2009, párrs. 8(2)-8(5) e Individual opinion of Committee members Christine CHANET, Rajsoomer LALLAH y Zonke MAJODINA (dissenting); individual opinion of Committee members Helen KELLER and Fabián SALVIOLI (dissenting), párrs. 2-9 y 12-31. Cfr. PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 89.

<sup>1046</sup> Cfr. los siguientes pronunciamientos del HRC: *Bleier vs. Uruguay*, comunicación n° R.7/30, 29 de marzo de 1982, párrs. 2 y 7(b); *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka*, cit., párr. 6(2); *Sankara y otros vs. Burkina Faso*, comunicación n° 1159/2003, 28 de marzo de 2006, párrs. 6(1)-(2), aunque en este caso el Comité realizó una distinción entre la muerte de la persona desaparecida y la obligación de la investigación, declarándose incompetente *ratione temporis* respecto de la primera, por ser anterior a la fecha crítica y competente respecto de la segunda, debido al carácter continuado del deber de investigar.

<sup>1047</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración*, cit., especialmente, párrs. 27-28 y 32.

<sup>1048</sup> GTDFI. *Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado*, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias*. A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), pp. 10-18, párr. 1 del Comentario.

de su fragmentación conceptual<sup>1049</sup>. Asimismo, respecto de las desapariciones que hayan iniciado con anterioridad a la fecha crítica, prolongándose con posterioridad a la misma, se argumentó que los tribunales y órganos de supervisión internacionales son competentes para conocer no sólo los actos cometidos con posterioridad a la fecha crítica, sino de todos los comportamientos que integran la desaparición<sup>1050</sup>.

En cuanto a “*las reservas que excluyan la competencia [...] con respecto a los actos u omisiones que se produjeron antes de la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o a la aceptación de la competencia de la institución, deberían interpretarse de modo que no constituyan un obstáculo para hacer responsable a un Estado de una desaparición forzada que continúa después de ese momento*”<sup>1051</sup>.

El GTDFI es partidario de que a nivel interno sea posible “*condenar a una persona por la desaparición sobre la base de un instrumento jurídico promulgado después de que comenzara la desaparición forzada no obstante el principio fundamental de no retroactividad*”<sup>1052</sup>.

Finalmente y en relación a la obligación de investigación, en el *Comentario General sobre el derecho a la verdad* el GTDFI ha sostenido que en base al carácter continuado de la desaparición, esta obligación subsiste hasta que no se haya esclarecido la suerte y el paradero de la víctima<sup>1053</sup>.

El espíritu de las tareas humanitarias de este órgano tiene como norte la clarificación de la suerte y paradero de la persona desaparecida, tanto es así que un caso se considera “clarificado” sólo si se obtiene información fidedigna y precisa sobre el destino la víctima<sup>1054</sup>. Por lo tanto, en base a esta finalidad humanitaria puede

---

<sup>1049</sup> Íd., párr. 2

<sup>1050</sup> Íd., párrs. 1-4.

<sup>1051</sup> Íd., párr. 8.

<sup>1052</sup> Íd., párr. 5

<sup>1053</sup> GTDFI, *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, cit., párr. 4. Cfr. el mismo, *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, cit., párr. 37.

<sup>1054</sup> GTDFI. *Revised Methods of Work of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, cit., párr. 20. En los párrs. 21-24, se explica que los casos se clasifican en cuatro categorías: 1) los clarificados, a los que se ha hecho referencia en el cuerpo de este texto; 2) los cerrados, es decir, aquellos en que la autoridad nacional competente ha expedido alguna clase de resolución por la que se presume o declara la muerte de la persona desaparecida, no queriendo los familiares continuar con la búsqueda de información; 3) los descontinuados, es decir, aquellos en que la búsqueda ha fracasado o

interpretarse que la desaparición forzada se considera un ilícito permanente que se prolonga hasta que se obtenga información sobre la víctima.

Por lo tanto, el GTDFI no deja lugar a dudas sobre su posición en lo que se refiere a los efectos jurídicos del carácter permanente de la desaparición forzada.

### **3.5. La competencia *ratione temporis* del Comité contra las Desapariciones Forzadas**

En cuanto a la competencia del CED, el artículo 35 de la CIPPDF señala que “1. *La competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. 2. Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado*”<sup>1055</sup>.

Con relación a las comunicaciones individuales, el artículo 31 de la Convención dispone que “1. *Cada Estado Parte podrá declarar, en el momento de la ratificación o con posterioridad a ésta, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo su jurisdicción o en nombre de ellas, que alegaren ser víctima de violaciones por este Estado Parte de las disposiciones de la presente Convención. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. 2. Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado*”.

Si estas disposiciones se interpretan literalmente, parece ser que la CIPPDF ha zanjado el problema de la competencia *ratione temporis* del Comité, cerrando las

---

se ha tornado demasiado compleja, siempre los familiares no deseen continuar con el procedimiento; y 4) los reabiertos, es decir, los casos que se habían clarificado, cerrado o discontinuado erróneamente.

<sup>1055</sup> Para la discusión en los trabajos preparatorios, vid. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 165.

puertas a la posibilidad de que se haga cargo de desapariciones iniciadas con anterioridad a la fecha crítica. Resulta paradójico que el tratado internacional destinado a la protección de toda persona contra la desaparición forzada derrumbe de un plumazo décadas de jurisprudencia internacional sobre una de las principales consecuencias jurídicas del carácter permanente de la desaparición forzada, esto es, la activación de la competencia *ratione temporis* de un tribunal u órgano internacional. Teóricamente, esta solución no tiene ninguna justificación y resulta decepcionante<sup>1056</sup>. Sin embargo, ¿se trata de la única interpretación posible?

Antes de abordar en profundidad otras interpretaciones, cabe subrayar que se han propuesto soluciones alternativas. Así, en su resolución 1463 (2005) sobre las desapariciones forzadas, la PACE ha hecho un llamado a los Estados miembros del Consejo de Europa para que acepten la competencia del Comité formulando una declaración interpretativa del artículo 35 que permita a este órgano ejercer la competencia sobre desapariciones iniciadas antes de la fecha crítica y prolongadas con posterioridad a la misma<sup>1057</sup>.

Asimismo, durante los trabajos preparatorios de la Convención, las delegaciones de Italia, Argentina y Chile “*subrayaron 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*”<sup>1058</sup>. Sin embargo, a la fecha de redacción de estas líneas ningún Estado ha realizado una declaración similar<sup>1059</sup>.

---

<sup>1056</sup> Críticos, también, SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 314; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 59-60.

<sup>1057</sup> PACE, *Enforced Disappearance*, res. 1463(2005), cit., párr. 12(2) y 13(3). La PACE ha criticado el art. 35 de la CIPPDF en res. 1868 (2012), cit., párr. 6.2.4.

<sup>1058</sup> CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, E/CN.4/2006/57, cit., párr. 66.

<sup>1059</sup> Puede consultarse el Estado de Firmas y Ratificaciones de la CIPPDF en la página web *United Nations Treaty Collection*. Disponible en [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-16&chapter=4&lang=en#EndDec](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en#EndDec). [Consulta: 22 de septiembre de 2014]. Italia ni siquiera ha ratificado el tratado.

Ahora bien, ¿es posible interpretar que la Convención permite al CED ejercer su competencia temporal sobre desapariciones anteriores a la fecha crítica? Las respuestas de la doctrina son variadas. Autores como VERMEULEN, CHINCHÓN ÁLVAREZ, OTT y DE FROUVILLE sostienen que el Comité debería interpretar su competencia en términos amplios, pero no indican cómo hacerlo<sup>1060</sup>.

CALVET MARTÍNEZ considera que el Comité podría conocer las desapariciones forzadas que se inicien después de la ratificación del tratado y se prolonguen con posterioridad a la fecha en que el Estado acepta la competencia del Comité. El supuesto a que se refiere esta autora podría producirse respecto de Estados que aceptan la competencia del CED en una fecha posterior a la ratificación<sup>1061</sup>. La autora no explica por qué el Comité sería competente para conocer esos casos peculiares, pero podría argumentarse que la obligatoriedad de la Convención rige para cada Estado desde el momento de la ratificación y no desde la aceptación de la competencia del Comité. Esta interpretación puede ser valiosa para casos de desapariciones que acontezcan en Estados que dejen transcurrir un largo período entre la ratificación y la aceptación de la competencia. Sin embargo, actualmente, el grueso de los problemas que podrían generarse a propósito de la competencia se refiere a desapariciones acontecidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la CIPPDF.

Quizás la mejor estrategia para solucionar el problema sea de *lege ferenda* y consistiría en modificar el tratado permitiendo al CED ejercer la competencia respecto de desapariciones anteriores a la fecha crítica. Sin embargo, se trata de una solución poco realista, debido a las dificultades prácticas, políticas y burocráticas inherentes al proceso de reforma. Hi hay duda de que la importancia de la cuestión justificaría el esfuerzo, pero es improbable que se promueva una iniciativa de esta índole<sup>1062</sup>.

---

<sup>1060</sup> Cfr. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, p. 60; CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas...”, cit., p. 235; OTT, op. cit., p. 219; DE FROUVILLE. “The Committee on Enforced Disappearances” [En línea]. *Olivier de Frouville*. Disponible en <[http://www.frouville.org/Publications\\_files/FROUVILLE-CED-ALSTON.pdf](http://www.frouville.org/Publications_files/FROUVILLE-CED-ALSTON.pdf)>. [Consulta: 28 de mayo de 2014], pp. 8-9, para quien la solución sobre el problema dependerá de la interpretación sobre el momento en que inicia la desaparición.

<sup>1061</sup> CALVET MARTÍNEZ, op. cit., p. 531.

<sup>1062</sup> El procedimiento para la enmienda del tratado está regulado en CIPPDF, cit., art. 44: “1. Cada Estado Parte en la presente Convención podrá proponer enmiendas o depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en la presente Convención, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si, en

Otra alternativa sería que el Comité realizare una interpretación de su competencia que fuere acorde a los fines del tratado, focalizándose en el derecho de toda persona a no ser sometido a una desaparición forzada y a su importancia para la interpretación de las diversas obligaciones que dimanen del texto convencional, especialmente, la investigación, la sanción y la reparación. Una interpretación acorde con el verdadero contenido y sentido de estas obligaciones obligaría a concluir que el CED tiene el deber de conocer desapariciones anteriores a la fecha crítica. Incluso, si se tiene en cuenta que la prohibición de la desaparición forzada es una norma de *ius cogens*, se puede interpretar que las limitaciones de la competencia temporal establecidas en el texto convencional son contrarias a dicha prohibición y, por ende, no pueden surtir efecto jurídico.

Sin embargo, el CED está siguiendo una hoja de ruta en sentido inverso a las propuestas indicadas. El 15 de noviembre de 2013 emitió una “declaración sustantiva” (*substantive declaration*) sobre su competencia *ratione temporis*. Aunque reconoció que la desaparición forzada es un delito continuado<sup>1063</sup>, respecto de las quejas individuales señaló que “[e]l Comité está obligado en el ejercicio de su competencia por el artículo 35 y no puede resolver comunicaciones individuales concernientes desapariciones forzadas que como tales hayan comenzado antes de la entrada en vigencia de la Convención para el Estado en cuestión”<sup>1064</sup>.

Cabe preguntarse cuál es el valor normativo de esta declaración. Ciertamente, forma parte de la práctica del Comité y constituye un importante antecedente sobre la autointerpretación de su propia competencia. Sin embargo, la única manera de saber sus

---

*el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la comunicación, un tercio al menos de los Estados Partes se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General organizará la conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. 2. Toda enmienda adoptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia será sometida por el Secretario General a todos los Estados Partes para su aceptación. 3. Una enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en la presente Convención, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales. 4. Cuando entren en vigor, las enmiendas serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado”.*

<sup>1063</sup> CED. *Statement on the Ratione Temporis Element in the Review of Reports Submitted by States Parties under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*. 15 de noviembre de 2013, p. 1.

<sup>1064</sup> *Ibíd.*, declaración 1: “*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*”.

repercusiones es analizando la práctica de los Estados y el mismo Comité, especialmente, la que se relacione con el conocimiento de las quejas individuales.

Hay otra cuestión muy importante que debe ser aclarada. No debe equipararse el problema de la competencia del CED con la obligatoriedad temporal de la CIPPDF. La Convención es obligatoria para el Estado desde el momento en que la ratifica, aunque no haya aceptado la competencia del Comité. Eso significa que el Estado debe respetar todas las obligaciones que el tratado dispone. Si se interpreta lo contrario, podría concluirse que un Estado que ratifica la Convención sin aceptar la competencia del Comité no estaría obligado a cumplir las obligaciones impuestas por aquella, incluyendo la de no hacer desaparecer a sus ciudadanos. Esta interpretación es absurda e inaceptable. Por lo tanto, es necesario tener presente que los Estados están obligados a cumplir las obligaciones de la Convención respecto de todas las desapariciones forzadas, incluyendo aquellas que se hayan producido con anterioridad a la fecha de ratificación y continúen prolongándose con posterioridad<sup>1065</sup>. No es posible otra interpretación sin contradecir la calidad permanente de la desaparición forzada. Para CHINCHÓN ÁLVAREZ si se sostiene otra cosa, “*seguiremos manteniendo en un (nuevo) «limbo jurídico» a cientos, miles de personas*”<sup>1066</sup>.

Con relación a la presentación de los informes periódicos de los Estados, la “declaración substancial” del CED sobre la competencia *ratione temporis* indicó que “2. *El artículo 29 trata las «obligaciones contraídas en virtud de la presente Convención» a la luz del «Derecho internacional en vigor para ese Estado Parte» y requiere que el procedimiento de informes tome en consideración el rango completo de las obligaciones presentes. 3. Si la información relacionada con el pasado es útil durante el procedimiento de informes como un medio para comprender adecuadamente los desafíos del presente, en sus observaciones conclusivas el Comité debería centrar su atención en las obligaciones actuales del Estado en cuestión*”<sup>1067</sup>. Ciertamente se trata

---

<sup>1065</sup> Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas...”, cit., pp. 32-33; el mismo, “El Comité contra la Desaparición Forzada...”, cit., pp. 226 y 233-235; DE FROUVILLE, op. cit., p. 9.

<sup>1066</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas...”, cit., p. 34. Cfr. el mismo, “El Comité contra la Desaparición Forzada...”, cit., pp. 238-239.

<sup>1067</sup> CED, Statement on the *Ratione Temporis* Element..., cit., p. 2, puntos nº 2 y 3: “2. *Article 29 deals with the “obligations under this Convention”, in the light of the “international law in force for this State party” and request that the reporting process take into consideration the full range of its obligations today; 3. If information related to the past is useful during the reporting process as a means*

de declaraciones no muy claras sobre las obligaciones del Estado en relación al problema temporal. Si se recalca la importancia del Derecho internacional vigente para cada Estado parte y se hace referencia al rango completo de sus obligaciones, cabe interpretar que los Estados deben informar sobre el cumplimiento de los deberes convencionales respecto de todas las desapariciones forzadas, incluyendo las que hayan comenzado antes de la entrada en vigor del tratado.

Hasta el momento la práctica de los Estados al respecto es ambigua. Por ejemplo, los informes periódicos de Argentina<sup>1068</sup>, Uruguay<sup>1069</sup> y México<sup>1070</sup>, se refieren al cumplimiento de las obligaciones de la Convención respecto de desapariciones cometidas durante las respectivas épocas autoritarias y, por ende, antes de la fecha crítica. Por el contrario, el informe de España se empecina en recalcar que el Comité carece de competencia para conocer desapariciones anteriores a la fecha de entrada en vigor del tratado<sup>1071</sup>.

Está claro que una mayor claridad sobre la competencia temporal del CED se irá perfilando con el transcurso del tiempo. Sin perjuicio de ello, se trata de una cuestión “impostergable”<sup>1072</sup> de la que el Comité debe hacerse cargo a la mayor brevedad. Quizás, una manera para aclarar sistemática e integralmente el conjunto de problemas planteados en este epígrafe podría ser la elaboración de una observación general, de

---

*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”.*

<sup>1068</sup> CED. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención*. Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012. Argentina. CED/C/ARG/1 (22 de enero de 2013), párrs. 180-ss., refiriéndose con el título “Marco de políticas reparatorias a las víctimas de desaparición forzada durante el terrorismo de Estado” a las medidas de reparación implementadas a propósito de las víctimas de desapariciones cometidas durante la dictadura.

<sup>1069</sup> CED. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención*. Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012. Uruguay. CED/C/URY/1 (15 de octubre de 2012), párrs. 11-ss., dando cuenta de algunas políticas relativas a las desapariciones ocurridas en la dictadura.

<sup>1070</sup> CED. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención*. Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012. México. CED/C/MEX/1 (17 de abril de 2014), párrs. 58-ss., haciendo referencia al caso de la CorteIDH, *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., sobre una desaparición ocurrida en la década de los setenta y párrs. 254-257, reseñando las políticas sobre el derecho a la verdad respecto de desapariciones ocurridas en esa época.

<sup>1071</sup> CED. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención*. Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012. España. CED/C/ESP/1 (28 de enero de 2013), párrs. 5-6.

<sup>1072</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “El Comité contra la Desaparición Forzada...”, cit., p. 219.



conformidad al artículo 56 del Reglamento del CED<sup>1073</sup>. Sin embargo, tiene razón CHINCHÓN ÁLVAREZ cuando señala que no se puede esperar hasta ese momento para obtener soluciones, siendo obligación del Comité resolver este tipo de asuntos cuando se le presenten en el curso de su actividad cotidiana, en sus informes, decisiones o declaraciones<sup>1074</sup>.

De algún modo, ya ha comenzado a hacerlo. En sus Observaciones Finales al informe presentado por Uruguay, ha señalado que *“toma nota con preocupación de la información brindada por el Estado parte acerca del criterio de la Suprema Corte de Justicia en virtud del cual las personas desaparecidas hace más de 30 años son consideradas como fallecidas y se imputa a los acusados de su desaparición el delito de homicidio especialmente agravado, con las consecuencias que de ello se podrían desprender en materia de prescripción”*, agregando que *“[e]l Estado parte debería asegurar que las desapariciones forzadas sean investigadas como tales y los responsables sancionados por este delito independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de la conducta delictiva”* y que *“[e]l Comité desea destacar el carácter continuo del delito de desaparición forzada de conformidad con los principios de la Convención y recordar los términos en los que ésta regula el régimen de prescripción de este delito; así como destacar su carácter de imprescriptible cuando sea de lesa humanidad”*<sup>1075</sup>. Es una declaración esperanzadora, pero habrá que ver cómo actuará el Comité cuando reciba quejas individuales sobre desapariciones anteriores a la fecha crítica.

### **3.6. La competencia *ratione temporis* de la Corte Penal Internacional sobre la desaparición forzada**

En el marco del ER la fecha crítica coincide entrada en vigor para cada Estado parte<sup>1076</sup>. Sin embargo, el ER contempla la posibilidad de aceptar la competencia de la CPI para crímenes anteriores a la fecha en que el tratado entra en vigencia para un

---

<sup>1073</sup> CED. Reglamento. CED/C/1 (22 de junio de 2012).

<sup>1074</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “El Comité contra la Desaparición Forzada...”, cit., p. 236-238.

<sup>1075</sup> *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en aplicación del artículo 29...*, CED/C/URY/CO/1, cit., párrs. 13 y 14. Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “El Comité contra la Desaparición Forzada...”, cit., pp. 239-240.

<sup>1076</sup> ER, cit., art. 126(2).

Estado, pero en ningún caso para delitos anteriores al 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigencia del Estatuto<sup>1077</sup>. Ahora bien, si la competencia de la CPI se activa por una remisión de una situación por parte del CS, se entiende que la fecha crítica es el 1 de julio de 2002, aunque un Estado haya ratificado el ER con posterioridad<sup>1078</sup>.

Sin embargo, la competencia *ratione temporis* de la CPI para conocer desapariciones forzadas fue sometida a una regulación especial. Según los EC, las desapariciones anteriores a la fecha crítica serán “*de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto*”<sup>1079</sup>. Por lo tanto, una interpretación literal de esta disposición exige que el ataque considerado como elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, se produzca con posterioridad a la entrada en vigencia del ER.

Durante la negociación del ER varias delegaciones de países latinoamericanos ejercieron presión para evitar que la CPI pudiera ser competente sobre desapariciones anteriores a la fecha crítica y exigían que la competencia se activara sólo si la denegación de información se produjere después de dicha fecha. Sin embargo, se acordó que el elemento posterior a la fecha crítica fuese el ataque<sup>1080</sup>.

La interpretación de esta disposición es compleja y las opiniones son divergentes. Por ejemplo, SADAT considera que la CPI no es competente para conocer desapariciones anteriores a la fecha crítica, no sólo porque lo impide la letra los EC, sino también la del artículo 24(1) sobre el principio de irretroactividad, cuando dispone que “[n]adie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”<sup>1081</sup>. En cambio, Hall considera que la Corte sería competente respecto de desapariciones en que la privación de libertad se realiza antes de la fecha crítica, pero la denegación de información se comete contemporáneamente o con posterioridad al ataque<sup>1082</sup>.

---

<sup>1077</sup> Íd., art. 12(3).

<sup>1078</sup> Íd., art. 13(b). Cfr. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., p. 275.

<sup>1079</sup> EC, cit., art. 7(1)(i), n. 24

<sup>1080</sup> WITSCHER/RÜCKERT, op. cit., p. 102.

<sup>1081</sup> SADAT, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law...*, cit., pp. 158 y 185-186.

<sup>1082</sup> HALL, “Article 7. Crimes against humanity. Para. 2(i). Enforced Disappearance of Persons”, cit., p. 272, n. 594.

Si el ataque consiste en una comisión múltiple de actos<sup>1083</sup>, es posible que su configuración comience antes de la fecha crítica. Razonando sobre esa premisa, NISSEL, considera que la CPI sería competente para conocer desapariciones forzadas cometidas en el marco de ese ataque, cuya privación de libertad principia antes de la fecha crítica, pero excluye que la CPI pueda ser competente respecto de desapariciones en que la única conducta que continúa prolongándose después de la fecha crítica sea la denegación de información<sup>1084</sup>. Esta opinión es inverosímil, porque olvida que la esencia de la desaparición es la denegación de información y no se percata que en la práctica la conducta que se perpetúa en el tiempo, justamente, es la falta de información.

En mi opinión puede interpretarse que si en un supuesto algunos de los actos constitutivos del ataque se producen antes de la fecha crítica, sería posible que la CPI sea competente para conocer desapariciones forzadas cometidas en el marco de ese ataque, que hayan principiado antes de esa fecha y que se hayan prolongado con posterioridad. Sin embargo, se trata de un planteamiento absolutamente teórico, dado que las situaciones que hasta la fecha están siendo analizadas por la CPI se refieren a crímenes cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2002. La Corte cuenta con recursos escasos, tiene un sistema de activación de la competencia muy complejo y estricto y hasta el momento se ha ocupado de situaciones de violencia relativamente recientes. Estas razones hacen muy improbable que se involucre en la investigación de crímenes anteriores a la fecha crítica<sup>1085</sup>.

---

<sup>1083</sup> Cfr. CPI. Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante, SCP) I. *Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Au Kushayb")*. Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute. ICC-02/05-01/07-1 (27 de abril de 2007), párr. 61; la misma, SCP I. *Mathieu Ngudjolo Chui*. Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-02/07 (6 de julio de 2007), párr. 61.

<sup>1084</sup> NISSEL, Alan. "Continuing Crimes in the Rome Statute", *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, Issue 3, Spring 2004, p. 670.

<sup>1085</sup> Las situaciones actualmente en análisis se refieren a los Estados de Uganda, República Democrática del Congo, Darfur, República Centroafricana, República de Kenia, Libia, Costa de Marfil y Mali. Vid. CPI. *Situations and Cases* [En línea]. *International Criminal Court*. Disponible en <[http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx)>. [Consulta: 27 de julio de 2014].

## CONCLUSIONES PRELIMINARES

En base al estudio del carácter permanente de la desaparición forzada, es posible concluir que:

**1. La desaparición forzada es un hecho internacionalmente ilícito permanente.**

No existe ninguna duda sobre el carácter permanente de la desaparición forzada como hecho internacionalmente ilícito. Los instrumentos internacionales dedicados a este delito y la práctica internacional confirman esta afirmación. Que la desaparición sea un ilícito internacional permanente significa que su comisión conlleva la infracción de obligaciones internacionales que se prolongan en el tiempo, hasta que se revele la información sobre el paradero y destino de la víctima y se restituyan a los familiares sus restos mortales.

**2. El carácter permanente de la desaparición forzada no es incompatible con el principio de irretroactividad de los tratados internacionales.**

Según el principio de irretroactividad, los tratados internacionales obligan a un Estado desde que entran en vigencia a su respecto y no pueden ser aplicados a hechos anteriores. Sin embargo, este principio no es incompatible con los hechos ilícitos permanentes, de modo que los tratados pueden aplicarse a los *facta pendentia*, esto es, ilícitos que hayan comenzado con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado y se hayan prolongado con posterioridad. En esos casos, la obligatoriedad del tratado abarca los hechos cometidos con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia. Lo anterior es aplicable a la desaparición forzada. De hecho, en la práctica suele ocurrir que la privación de libertad acontece antes de la entrada en vigencia del tratado, mientras que la denegación de información se prolonga con posterioridad a ese momento.

**3. Los tribunales y órganos internacionales son competentes *ratione temporis* respecto de desapariciones forzadas que hayan comenzado con anterioridad a la fecha crítica, prolongándose con posterioridad a la misma.**

En la práctica internacional, el principal problema que suscita el carácter permanente de la desaparición está relacionado con la competencia *ratione temporis* de un tribunal internacional o un órgano de supervisión para hacerse cargo de desapariciones comenzadas con anterioridad a la fecha crítica. El problema no ha sido tratado de manera uniforme.

La CorteIDH ha reconocido el carácter permanente de este ilícito, pero en algunas sentencias ha fragmentado la desaparición forzada desde el punto de vista temporal, con el objeto de descartar su competencia respecto de derechos afectados antes de la fecha crítica. En esos casos, generalmente, la Corte no se ha hecho cargo de la vulneración al derecho a la vida y a la integridad física de la persona desaparecida y sólo se ha declarado competente respecto de la infracción a las garantías procesales por la falta de investigación y a la afectación de la integridad de los familiares de la persona desaparecida. Esta fragmentación, fruto también de un enfoque pluriofensivo de la desaparición forzada, implica una desnaturalización del ilícito, ya que debería ser concebido como un fenómeno integral y unitario.

La jurisprudencia del TEDH es mucho más problemática, porque ha desarrollado una serie de criterios que limitan su competencia temporal. En general, estas exigencias impiden conocer hechos anteriores al 4 de noviembre de 1950, fecha de entrada en vigencia del CEDH; demandan que el hecho tenga una proximidad temporal a la fecha crítica que en ningún caso puede exceder de diez años; requieren que la mayor parte del procedimiento de investigación se haya realizado después de la fecha crítica; y exigen que los demandantes hayan sido diligentes en la presentación de la demanda ante el TEDH desde un punto de vista temporal. Cada una de estos criterios es susceptible de muchas críticas, pero lo más importante es destacar que se trata de requisitos que resultan incompatibles con el carácter permanente de la desaparición forzada y que generan incertidumbre jurídica debido a su indeterminación.

En cuanto al HRC, su jurisprudencia ha sido elíptica, porque si bien en algunas quejas individuales aceptó su competencia en base al carácter permanente de la desaparición, en otras la desechó con el argumento de que su comisión se había iniciado con anterioridad a la fecha crítica, motivando un conjunto de opiniones disidentes.

En cambio, el GTDFI ha sido bastante determinado en proclamar en sus Observaciones Generales el carácter permanente de la desaparición, explicando acuciosamente las repercusiones jurídicas de esta cualidad en relación con el principio de legalidad penal, la competencia *ratione temporis* y el derecho a la verdad.

Por su parte, la CPI podría ser competente para conocer desapariciones forzadas enmarcadas en un ataque a la población civil que haya comenzado antes de la fecha crítica continuando después de la misma. Sin embargo, la realidad actual de la CPI permite suponer que es poco probable que dicho tribunal se haga cargo de crímenes anteriores al 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigencia del ER.

Finalmente, la competencia del CED está limitada por la CIPPDF a las “*desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor*”. Se trata de una limitante lamentable, que desactiva el principal efecto jurídico de la permanencia. Recientemente, el Comité adoptó una declaración sustantiva realizando una interpretación literal de esta limitación, contradiciendo las sugerencias de algunos autores que defendían la posibilidad de que éste órgano interpretare su competencia en términos más amplios. Una solución ideal a este problema sería una modificación del tratado, pero se trata de una hipótesis poco realista. Habrá que esperar cómo se desarrolla la práctica del Comité y los Estados sobre el punto. De todas formas, es sugerente la propuesta de la PACE, que ha llamado a los Estados para que procedan a ratificar la Convención formulando una declaración que le permita al CED hacerse cargo de desapariciones anteriores la fecha crítica.

#### **4. No debe confundirse la aceptación de la competencia de un tribunal u órgano de supervisión con la obligatoriedad temporal de las disposiciones de un tratado.**

Respecto de aquellos tratados que contemplan la posibilidad de aceptar la competencia de un tribunal u órgano de supervisión en un momento posterior a la ratificación, es necesario tener en cuenta que la obligatoriedad de las disposiciones del tratado comienza a regir de inmediato desde la fecha de ratificación. Por lo tanto, aunque un Estado no acepta la competencia de una entidad al ratificar el tratado, está obligado por las disposiciones del texto convencional. Todo lo anterior es aplicable

respecto de la CIPPDF, porque sería absurdo sostener que los Estados que han procedido a la ratificación sin aceptar la competencia del CED no estarían obligados por las disposiciones del texto convencional, incluyendo las que obligan a no hacer desaparecer a los ciudadanos.

## **SEGUNDA PARTE: LA ATRIBUCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA**

Habiéndose destinado la primera parte del trabajo a la identificación de la desaparición forzada como hecho internacionalmente ilícito, ha llegado el momento de abordar la segunda dimensión de la responsabilidad, relativa a la atribución de la desaparición al Estado, tópico del que se hará cargo el resto de la investigación.

El régimen de la atribución regulado en el PRIEHII puede explicarse a través de un principio general y un conjunto específico de criterios de atribución. El principio general es el de la unidad del Estado, según el cual los hechos ilícitos cometidos por un órgano estatal se atribuyen al Estado al que pertenece ese órgano. Las reglas específicas, por su parte, tienen por objeto identificar algunos supuestos en que la atribución del hecho ilícito no puede justificarse por la aplicación del principio general, sino en otras razones que atienden a la vinculación existente entre el sujeto actor y el Estado.

Para intentar encajar el análisis de la atribución de la desaparición forzada con las reglas del PRIEHII, se ha decidido abordar la exposición de este capítulo utilizándose como guía la clasificación del sujeto activo de la desaparición. Por lo tanto, es necesaria una remisión a la clasificación y conceptualización de los sujetos que pueden ser autores de este delito, cuestiones ya desarrolladas a propósito de la definición de la desaparición forzada<sup>1086</sup>. Para respetar la paciencia del lector, en este lugar no se reiterarán todas las observaciones plasmadas en esa sección, bastando recordar sólo algunas nociones básicas. Así, la principal distinción del sujeto activo de la desaparición forzada es la que diferencia el agente estatal del agente no estatal, en atención a si pertenecen formalmente a la estructura orgánica del Estado. A su vez, en cuanto a los agentes no estatales debe trazarse una distinción entre los que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado y los que actúan sin dicha autorización, apoyo o aquiescencia.

Por ende, se identificará qué reglas del PRIEHII pueden ser aplicadas a cada categoría de sujeto activo de la desaparición forzada. Lo anterior tiene una justificación

---

<sup>1086</sup> Vid. Capítulo II, § 3.1.



conceptual y sistemática, ya que abordar el análisis de la atribución de la desaparición forzada desde la perspectiva del sujeto activo facilita la sistematización de los supuestos posibles y la identificación de las reglas de imputabilidad potencialmente aplicables a cada uno de esos supuestos.

Además, la clasificación del sujeto activo de la desaparición tiene su fundamentación en el tipo de vínculo que el sujeto mantiene con el Estado. Si se atiende a la intensidad de esta vinculación, en un extremo se halla al agente estatal, que detenta una fuerte relación con el Estado por estar integrado a su estructura orgánica. El otro extremo viene representado por el agente no estatal, que no tiene vinculación alguna con el aparato del Estado. En el intermedio se encuentra el agente no estatal que comete la desaparición con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. En este último supuesto, la relación entre el agente y el Estado se explica por una participación conjunta en la comisión del hecho ilícito.

Ahora bien, debe destacarse que las reglas de atribución del PRIEHII también se fundamentan en la tipología del vínculo que intercede entre el Estado y el sujeto actor. Esta similitud ilustra por qué se ha elegido subdividir la exposición de la imputabilidad tomándose como referencia la clasificación de los sujetos activos.

En base a todo el anterior, el presente capítulo será dividido en tres partes, refiriéndose la primera de ellas a la atribución de la desaparición cometida por agentes estatales y las otras dos, a la imputación de las desapariciones cometidas por agentes no estatales. Específicamente, la segunda sección se dedicará a la imputabilidad de la desaparición cometida por agentes no estatales que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, mientras que la tercera y última sección tratará la imputación de la desaparición cometida por agentes no estatales que actúan desvinculados del Estado<sup>1087</sup>.

En cada una de estas secciones, el discurso seguirá una línea expositiva y argumentativa similar, comenzando con la enunciación de las reglas de imputación eventualmente aplicables a cada categoría de sujeto, continuando con la exposición del

---

<sup>1087</sup> En relación con lo expuesto en el cuerpo del texto, PISILLO MAZZESCHI, Riccardo. “*Due Diligence*” e responsabilità internazionale degli stati. Milano: Giuffrè, 1989, pp. 194-197 y 224, distingue la responsabilidad internacional del Estado por el hecho de sus órganos y la responsabilidad por el comportamiento de los privados.

estado actual de la discusión sobre cada una de estas reglas en el Derecho internacional y finalizando con la reflexión sobre la aplicabilidad de cada regla al fenómeno de las desapariciones. Para tal efecto se centrará la mirada en la práctica internacional, pero sin desatender las aportaciones doctrinarias y las reflexiones personales.

## **CAPÍTULO VI: LA ATRIBUCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR AGENTES ESTATALES**

### **ACLARACIONES PRELIMINARES**

Puede afirmarse con absoluta certeza que el sujeto activo por antonomasia de la desaparición forzada es el agente estatal. Las reglas de imputación que se aplican a esta clase de agentes son el principio de unidad del Estado y la regla de los actos *ultra vires*. Ambos criterios han tenido una importante repercusión en la práctica sobre desapariciones forzadas.

Es importante destacar que no se hará referencia a otra de las reglas de atribución aplicable a los agentes estatales y que alude al comportamiento de un órgano que un Estado pone a disposición de otro Estado. Este criterio viene regulado en el artículo 6 del PRIEHII en los siguientes términos: “[s]e considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra”. Según los Comentarios del Proyecto, esta regla se aplica cuando un órgano estatal actúa bajo la autoridad exclusiva de otro Estado en cuyo beneficio se pone a disposición, con lo cual el Estado al que pertenece el órgano pierde toda autoridad sobre el mismo. La consecuencia más relevante para la responsabilidad estriba en que el comportamiento ilícito del órgano es imputable únicamente al Estado bajo el cual ha sido puesto a disposición<sup>1088</sup>. Este exigente requisito de la “puesta a disposición” hace que la aplicación del criterio a las desapariciones forzadas sea compleja. Si bien la práctica presenta bastantes supuestos de desapariciones cometidas por agentes de varios Estados, lo usual es que actúen conjunta y coordinadamente, manteniendo cada uno de los Estado involucrados algún

---

<sup>1088</sup> PRIEHII, cit., art. 6, comentarios nº 1-4.

margen de autoridad sobre sus órganos respectivos, incluso en el evento de que sean los agentes de un único Estado quienes asuman el papel de dirigir la operación<sup>1089</sup>.

Aclarado este punto, ha llegado el momento de comenzar con la explicación de las reglas aplicables al agente estatal. En primer lugar se tratará el principio de unidad del Estado como regla de imputabilidad y en segundo lugar, la regla de atribución de los actos *ultra vires*. Cada uno de estos criterios se abordará en análisis separados, en los que se dará cuenta de sus principales aspectos, para luego analizar su potencial aplicación a la desaparición forzada.

## 1. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ESTADO

La unidad del Estado es el principio más importante en materia de atribución del hecho ilícito. De conformidad con este principio, toda acción u omisión de un órgano público cometido en calidad de tal es atribuible al Estado al que pertenece ese órgano<sup>1090</sup>.

El principio de unidad del Estado ha sido consagrado en el artículo 4 del PRIEHII en los siguientes términos: “1. *Se considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.* 2. *Se entenderá que el órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el Derecho interno del Estado*”. A continuación, se hará una reseña sobre algunas peculiaridades de este principio y luego se tratará su aplicación específica en materia de desapariciones forzadas.

---

<sup>1089</sup> Los supuestos de desapariciones cometidas por una pluralidad de Estados también pueden desencadenar la aplicación de las reglas del cap. IV del PRIEHII sobre la “Responsabilidad del Estado en relación con el hecho de otro Estado”, arts. 16-19.

<sup>1090</sup> CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, cit., pp. 456-457. El primer antecedente jurisprudencial internacional en que se aplicó el principio es *Isaac Moses vs. México*, 4 de julio de 1868, en BASSETT MOORE, John, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has Been a Party*, 6 vols., vol. III. Washington: Government Press Office, 1898, p. 3129.

## 1.1. El principio de unidad del estado como criterio básico para la atribución del hecho internacionalmente ilícito

El fundamento de principio de unidad del Estado reside en la soberanía, porque permite al Estado organizar su estructura orgánica de la manera que estime oportuna, pero también hace que los hechos ilícitos cometidos por sus órganos le sean imputables<sup>1091</sup>. De acuerdo con la jurisprudencia de la CIJ, el principio de unidad del Estado tiene carácter consuetudinario<sup>1092</sup>.

La mecánica de este principio es bastante sencilla, porque obliga a imputar al Estado los hechos ilícitos cometidos por cualquiera de sus órganos, siendo irrelevante la tipología del órgano que ejecuta el acto<sup>1093</sup>. Como indica MARIÑO MENÉNDEZ, lo que importa es ejercicio de la prerrogativa pública y no la clase o características de la entidad que la ejerce<sup>1094</sup>. El sintagma “*órgano del Estado*” y las palabras “*persona*” y “*entidad*” del artículo 4 del PRIEHII deben interpretarse en sentido amplio, para abarcar todo tipo de entidad individual o colectiva, persona natural o jurídica, que integre la organización del Estado<sup>1095</sup>, con independencia de la jerarquía<sup>1096</sup>, naturaleza de funciones<sup>1097</sup>, nivel territorial<sup>1098</sup> o pertenencia al Poder Judicial, Ejecutivo o Legislativo<sup>1099</sup>.

---

<sup>1091</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, cit., pp. 459-460; MOMTAZ, Djamchid. “Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority”, en *The Law of International Responsibility*, cit., p. 239.

<sup>1092</sup> Cfr. CIJ. *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 1999, pp. 62-91, párr. 213; el mismo, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., párr. 213.

<sup>1093</sup> PRIEHII, cit., art. 4, comentario n° 5.

<sup>1094</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho internacional público*, cit., p. 480.

<sup>1095</sup> PRIEHII, cit., art. 4, comentarios n° 6 y 12.

<sup>1096</sup> Cfr. PRIEHII, cit., art. 4, comentario n° 7, aunque suele suceder que los agentes inferiores tienen un ámbito de actuación más restringido que el de los superiores, lo que podría ser relevante desde el punto de vista probatorio. Vid. COMISIÓN GENERAL DE RECLAMACIONES MÉXICO-ESTADOS UNIDOS (en adelante, CGRMEU). *Parker Massey (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 15 de abril de 1927, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 155-164, párr. 18, que explícitamente da cuenta de la irrelevancia del rango del funcionario que ejecuta el acto. Existe una interesante práctica sobre expropiaciones de bienes del enemigo en el contexto de la segunda guerra mundial, en que se aplicó el principio de unidad sin importar la jerarquía del órgano que decretó la expropiación, v. gr., *Currie Case*, decision n° 21, 13 de marzo de 1954”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 1965, p. 24.

<sup>1097</sup> CDI. *State responsibility* (A/CN.4/217 and Add.1; A/CN.4/233; A/CN.4/246 and Add.1 to 3; A/CN.4/264 and Add.1). 1213th meeting, 24 de mayo 1973, *Yearbook of International Law Commission*, 1973, vol. I, p. 57, párr. 42, donde el relator AGO critica las teorías que defendían la exclusividad de la atribución de los hechos cometidos por los órganos encargados de las relaciones internacionales.

<sup>1098</sup> *Différend Héritiers de S.A.R. Mgr le Duc de Guise*, 3 de abril y 18 de diciembre de 1950, 15 de septiembre de 1951 y 20 de noviembre de 1953, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIII,

Para la identificación de un órgano estatal es fundamental prestar atención al ordenamiento jurídico de cada Estado, tal como se infiere del artículo 4 del PRIEHII. Sin embargo, no todos los sistemas jurídicos nacionales determinan qué se entiende por órgano del Estado. Según los Comentarios del PRIEHII, en los casos conflictivos habrá que interpretar si el sujeto “*actúa en realidad*” como órgano del Estado, es decir, si en los hechos actúa con autoridad pública<sup>1100</sup>.

De todos modos, según un principio básico de la responsabilidad internacional del Estado, no puede invocarse el Derecho nacional como eximente de responsabilidad, porque “[I]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el Derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del hecho como lícito por el Derecho interno”<sup>1101</sup>. Por lo tanto, la atribución de un hecho ilícito no podría ser obstaculizada por una laguna normativa interna en la regulación del concepto de órgano de Estado.

---

1966, pp. 150-170, resolviendo que el carácter regional de una entidad administrativa que había expedido ilícitamente un decreto no impedía la imputabilidad del hecho.

<sup>1099</sup> PRIEHII, cit., art. 4, comentario n° 6. En doctrina, cfr. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, cit., pp. 459-460, argumentando que la separación de poderes representa un mero hecho para el Derecho internacional; MOMTAZ, op. cit., p. 239, explicando que la separación de poderes no vale como argumento para eximir al Estado de su responsabilidad internacional. Para un temprano antecedente jurisprudencial que aplicó esta manifestación del principio de unidad del Estado, vid. *The Claims of Rosa Gelbtrunk and the “Salvador Commercial Company, et. al. (El Salvador, United States)*, 2 y 8 de mayo de 1902, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, 1966, p. 477, caso en que el hecho ilícito fue cometido por el Ejecutivo.

En opinión de MOMTAZ, op. cit., p. 240 y MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 480, configuran un hecho ilícito internacional el acto de dictar leyes contrarias a las obligaciones internacionales o la omisión de adoptar aquellas leyes que sean necesarias para dar cumplimiento a tales obligaciones. En materia de protección de los derechos humanos, esta observación adquiere especial relevancia, porque son muchos los tratados que imponen a los Estados obligaciones de tipificación interna u obligaciones generales de adaptación de su ordenamiento jurídico a los estándares convencionales. Un ejemplo paradigmático es la obligación general del art. 2 de la CADH. Así, por ejemplo, la CorteIDH, en la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile*, cit., párr. 129, consideró vulnerado este precepto, porque el Estado demandado no había ajustado su Derecho interno a las exigencias de la CADH, al mantener vigente la amnistía consagrada en un Decreto Ley.

En cuanto al Poder Judicial, para MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 480, también puede cometer un hecho ilícito internacional, por ejemplo, dictando una sentencia incompatible con las obligaciones internacionales. Vid., por ejemplo, CorteIDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, caso en el que una sentencia de carácter discriminatorio dictada por la Corte Suprema de Chile generó la vulneración de una serie de derechos consagrados en la CADH.

<sup>1100</sup> Se trata de una interpretación autorizada por la palabra “*incluye*” del párr. 2 del art. 4 del PRIEHII. Vid., también, comentario n° 11 al referido art. 4.

<sup>1101</sup> PRIEHII, cit., art. 3.

Con estas breves y generales explicaciones sobre el principio de unidad del Estado como regla de imputabilidad es posible analizar si en la práctica internacional este criterio ha sido aplicado a las desapariciones forzadas de personas.

## **1.2. La atribución de la desaparición forzada mediante la aplicación del principio de unidad del estado**

Queda al margen de toda duda que las desapariciones ejecutadas por agentes estatales deben atribuirse al Estado<sup>1102</sup>. Se trata de una conclusión evidente que no suscita mayor discusión a diferencia de las otras reglas de atribución que serán analizadas más adelante. Cabe recordar que el agente estatal viene considerado como el principal autor de la desaparición forzada, tal como se infiere de las diferentes definiciones consagradas en los instrumentos internacionales específicos<sup>1103</sup>.

La jurisprudencia internacional sobre desaparición forzada refleja la aplicación indiscutida del principio de unidad del Estado como una regla de imputabilidad. La gran mayoría de los precedentes jurisprudenciales internacionales sobre la materia, en efecto, suelen referirse a casos de desapariciones forzadas cometidas por alguna clase de agente estatal. Asimismo, algunas resoluciones aplican de manera expresa alguna de las manifestaciones del principio de unidad al descartar que las características o el tipo de órgano puedan impedir la atribución.

Por ejemplo, la gran mayoría de las quejas individuales por desapariciones forzadas recibidas por el HRC se refieren a hipótesis de autoría estatal, de modo que el Comité ha aplicado el criterio de unidad del Estado aun sin mencionarlo explícitamente. En el caso *Arévalo Pérez vs. Colombia*, el Comité consideró suficiente justificación para la atribución, el hecho de que en ninguna de las investigaciones desarrolladas a nivel interno se sugiriese que la desaparición de las víctimas hubiere sido causada por personas que no fuesen funcionarios gubernamentales<sup>1104</sup>. En otros casos en que se ha

---

<sup>1102</sup> MANERO SALVADOR, op. cit., p. 114, centrándose en las desapariciones cometidas en Colombia.

<sup>1103</sup> Vid. Capítulo II, § 3. Incluso, la definición de la DPPDF alude a los “*agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel*”, con lo cual refleja una de las principales manifestaciones del principio de unidad.

<sup>1104</sup> HRC, *Arévalo Pérez vs. Colombia*, comunicación n° 181/1984, 3 de noviembre de 1989, párr. 11.

probado la responsabilidad de los agentes estatales, como el de *Bautista de Arellana vs. Colombia*, el Comité ha sido enfático en declarar la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición<sup>1105</sup>.

También es interesante la referencia a algunos precedentes en que el HRC ha aplicado expresamente alguna manifestación del principio de unidad del Estado. Por ejemplo, en el caso *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka* argumentó que el rango jerárquico del autor no tenía importancia alguna para la atribución del hecho<sup>1106</sup>. Además, en términos más generales, el HRC ha afirmado la importancia del principio de unidad del Estado en su *Observación General N° 31*, señalando que “[t]odos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango —nacional, regional o local— están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte”<sup>1107</sup>.

A su vez, desde sus primeras sentencias, como las recaídas en los casos *Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz*, ambas contra Honduras, la CorteIDH ha aplicado el principio de unidad del Estado encuadrándolo en el artículo 1(1) de la CADH. Según el tribunal interamericano “es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo”<sup>1108</sup>.

Según la Corte, la atribución de una desaparición al Estado opera cualquiera sea la clase de agente estatal que la haya cometido, pudiendo tratarse de fuerzas armadas, organismos policiales, entidades de inteligencia o cualquier otro órgano de la estructura pública, de modo que las aclaraciones antes esbozadas sobre la irrelevancia de las características del órgano para los efectos de la atribución han tenido una aplicación

---

<sup>1105</sup> HRC, *Bautista de Arellana vs. Colombia*, cit., párr. 8.3.

<sup>1106</sup> HRC, *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka*, cit., párr. 8.7.

<sup>1107</sup> HRC, *Observación General N° 31*, cit., párr. 4.

<sup>1108</sup> CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 169 (vid. también párrs. 164 y 172). Cfr. las siguientes sentencias del mismo tribunal sobre desapariciones forzadas: *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 154 (vid. también párr. 173); *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párr. 210; *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, cit., párr. 56. La regla también ha sido confirmada en jurisprudencia no relacionada con desapariciones, v. gr.: *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 178; *“Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 163; *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo, cit., párr. 220.



concreta en la jurisprudencia de este tribunal. Al respecto, pueden citarse algunos ejemplos de sentencias que se refieren a desapariciones cometidas por diversas clases de órganos estatales: en el caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela* la desaparición fue cometida por integrantes del ejército<sup>1109</sup>; en el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, por los órganos de inteligencia<sup>1110</sup> y en el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, por agentes de la policía<sup>1111</sup>. Además, en un número significativo de sentencias, el tribunal interamericano ha recalcado que la jerarquía del agente estatal no tiene mayor importancia para los efectos de la atribución<sup>1112</sup>.

A diferencia de la CorteIDH, el TEDH ha sido más conservador en la aplicación de los criterios de imputación. Ello puede deberse a la utilización de un estándar probatorio mucho más exigente que el empleado por el tribunal interamericano. En efecto, la CorteIDH ha recurrido a estándares probatorios flexibles y ha sido proclive a la aceptación de la prueba de presunción, teniendo en cuenta que la desaparición forzada es un delito cuyas características intrínsecas implican la destrucción y ocultamiento de las fuentes de prueba a fin de lograr la impunidad de los autores. Sin embargo, el TEDH ha sido más reacio a flexibilizar el estándar de prueba y ha preferido apearse al estándar de la duda razonable, dificultando la atribución de la desaparición al Estado<sup>1113</sup>.

Las primeras sentencias del TEDH sobre desapariciones forzadas han responsabilizado al Estado demandado imputándole únicamente la falta de investigación sobre la suerte y paradero de la víctima y no las violaciones a derechos fundamentales materiales. En la sentencia *Kurt vs. Turquía*, por ejemplo, el Tribunal entendió que el derecho a la vida no había sido vulnerado en su faceta material, porque no pudo

---

<sup>1109</sup> CorteIDH, *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, cit., párrs. 51.1-51.29 y 58.

<sup>1110</sup> CorteIDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párrs. 54.5-54.19

<sup>1111</sup> CorteIDH, *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, cit., párr. 10.

<sup>1112</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 183; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, cit., párr. 142; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 110; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 112; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, cit., párr. 68. Esta cuestión ha sido confirmada en jurisprudencia no relacionada con desapariciones forzadas, v. gr.: *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 71; “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 72; *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 109; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154; *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 4 de septiembre de 2001. Serie C No. 84, párr. 168.

<sup>1113</sup> Para una comparación entre los estándares de prueba utilizados por la CorteIDH y el TEDH, vid. VERMEULEN, “«Living Beyond Death»...”, cit., pp. 171-173.

acreditarse, más allá de toda duda razonable, ni la muerte de la víctima, ni la autoría de los agentes estatales. Sin embargo, la falta de una investigación efectiva sobre el destino y paradero de la víctima se consideró suficiente para imputar al Estado la vulneración del derecho a la vida en un sentido procedimental<sup>1114</sup>. Lo interesante de esta jurisprudencia, para los efectos del principio de unidad del Estado, estriba en que el objeto de la imputación no es la desaparición *per se*, sino la falta de una investigación efectiva por parte de las autoridades competentes del Estado demandado.

Sin embargo, esa tendencia ha ido evolucionando, ya que el TEDH, sin abandonar el estándar de la duda razonable, ha ido cediendo hacia la aceptación de la prueba de presunción. El resultado de este cambio de actitud ha permitido imputar al Estado no sólo las negligencias y omisiones en el desarrollo de la investigación, sino además la vulneración de derechos de carácter sustantivo, como el derecho a la vida en su faceta material o el derecho a la libertad personal<sup>1115</sup>.

Tras este repaso general de la jurisprudencia sobre desapariciones forzadas es bastante evidente que el principio de unidad del Estado ha sido aplicado explícita e implícitamente para justificar su atribución. Siendo la desaparición un crimen tradicionalmente estatal, la práctica demuestra que no hace falta una referencia explícita a esta regla de imputabilidad, ya que si el hecho ha sido cometido por algún agente estatal es obvio que debe ser atribuido al Estado al que pertenece ese órgano. Pese a lo anterior, en algunos precedentes, como los del HRC y la CorteIDH, se ha hecho referencia expresa a la principal manifestación del principio de unidad, según la cual el hecho ilícito es atribuible al Estado con independencia de las características y naturaleza del órgano.

Habiendo analizado la aplicación de este principio en la imputabilidad de la desaparición, es necesario analizar la regla de los actos *ultra vires*, criterio también relacionado con los agentes estatales.

---

<sup>1114</sup> TEDH, *Kurt vs. Turkey*, cit., párrs. 121, 128 y 142.

<sup>1115</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Çakici vs. Turkey*, cit., párrs. 85-87, 104 y 127; *Timurtaş vs. Turkey*, cit., párrs. 85-86; *Akdeniz and others vs. Turkey*, cit., párrs. 85-89 y 106-107; *Orhan vs. Turkey*, cit., párrs. 330-331 y 334-348; *Imakayeva vs. Russia*, cit., párrs. 141-142, 146-151 y 171-178; *Khakiyeva, Temergeriyeva and others vs. Russia*, application nos. 45081/06 and 7820/07, judgment, 17 de febrero 2011, párrs. 193-195 y 201-205; *Alikhadzhiyeva vs. Russia*, application no. 68007/01, judgment, 5 de julio de 2007, párrs. 59-63. Sin embargo, en algunas sentencias, el TEDH ha regresado sobre sus pasos, adoptando un planteamiento más conservador sobre el estándar de prueba. Vid. *Tekdağ vs. Turkey*, judgment, application no.27699/95, 15 de enero de 2004, párrs. 81-82.

## 2. LA ATRIBUCIÓN DE LOS ACTOS *ULTRA VIRES*

Generalmente, los Estados llevan a cabo su comportamiento a través de la actividad de sus órganos, quienes ejecutan hechos en el marco de su competencia o en cumplimiento de las instrucciones que se les imparten. Sin embargo, bien puede ocurrir que un órgano estatal, actuando en el ejercicio de sus funciones, extralimite su marco competencial o infrinja las instrucciones impartidas. La teoría de los actos *ultra vires* tiene por objeto resolver si dichas actuaciones son imputables al Estado al que pertenece el órgano que las ejecutó.

Los actos no autorizados o *ultra vires* pueden definirse como los ejecutados por un órgano estatal en extralimitación de su competencia o en contravención de las instrucciones impartidas<sup>1116</sup>. El artículo 7 del PRIEHII contempla la regla a seguir respecto la imputabilidad de estos actos, prescribiendo que “[e]l comportamiento de un órgano del Estado o de una persona facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el Derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”. Para MERON y PRZETACZNIK se trata de un principio de carácter consuetudinario<sup>1117</sup>.

A continuación, siguiendo el mismo esquema del apartado anterior, se hará una breve alusión a los actos *ultra vires* como regla de imputabilidad, para luego analizar su aplicación a las desapariciones forzadas.

### 2.1. La regla de imputabilidad de los actos *ultra vires*

La regla de imputabilidad de los actos *ultra vires* está íntimamente vinculada con el principio del artículo 3 del PRIEHII, según el cual la invocación del Derecho

---

<sup>1116</sup> PRIEHII, cit., art. 7, comentario n° 1. Cfr. ZIEMELE, Ineta. “International Courts and Ultra Vires Acts”, en CAFLISH, Lucius et al. (eds.). *Human Rights-Strasbourg Views: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*. Kehl: Engel, 2007, p. 540, especialmente, cuando indica que la complejidad del estudio de los actos *ultra vires* no estriba en la demarcación de su noción, sino en la identificación de los comportamientos que efectivamente exceden el ámbito competencial de un órgano.

<sup>1117</sup> Cfr. MERON, “International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials”, *British Yearbook of International Law*, vol. 33, 1957, pp. 104-105; PRZETACZNIK, op. cit., p. 152.

nacional no puede ser considerada una eximente de responsabilidad internacional. En efecto, la determinación de la competencia de un órgano y el contenido de las instrucciones que se le imparten dependerán, en gran medida, del Derecho interno. Por tanto, el Estado no podría alegar que un comportamiento no puede serle atribuido excusándose con el argumento de que los actos del órgano se han ejecutado en extralimitación de la competencia asignada o en contravención A las instrucciones impartidas y, por tanto, mediando una infracción de su ordenamiento interno<sup>1118</sup>.

Como apunta DE FROUVILLE, la teoría de imputabilidad los actos *ultra vires* también se justifica en el intento de conceder una mayor protección a la persona o Estado víctima del hecho ilícito, porque ha de presuponerse que ha incurrido en un error excusable de apreciación frente la actuación de un órgano que ha aparentado detentar una calidad oficial<sup>1119</sup>.

Ahora bien, para que la imputabilidad de estos actos sea procedente es indispensable que se especifique en qué calidad debe haber actuado el órgano. Según los Comentarios del PRIEHII “[e]s preciso distinguir, por una parte, los casos en que los funcionarios han actuado en su capacidad como tales, aunque ilegalmente o contraviniendo instrucciones, y, por otra, los casos en que su comportamiento está tan alejado del ámbito de sus funciones oficiales que debería ser asimilado al de particulares, no atribuibles al Estado”<sup>1120</sup>. Dicho con otras palabras, la actuación de carácter exclusivamente particular o privado de una persona, pese a su pertenencia a un órgano estatal, no podría considerarse un acto del Estado y, por ende, no podría serle imputable. Sin embargo, no siempre será fácil diferenciar con claridad, por un lado, el comportamiento de una entidad que actúa a título exclusivamente privado y, por otro lado, la actuación de un órgano que, actuando en su calidad oficial, extralimita su competencia o infringe instrucciones.

---

<sup>1118</sup> PRIEHII, cit., art. 7, comentario n° 2. Cfr. MERON, “International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials”, cit., p. 93.

<sup>1119</sup> DE FROUVILLE. “Attribution of Conduct to the State: Private Individuals”, en *The Law of International Responsibility*, cit., pp. 263-264. Cfr. PRZETACZNIK, op. cit., p. 145, sosteniendo una tesis similar; MERON, “International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials”, cit., p. 114, agregando, con una actitud realista, que los actos *ultra vires* se relacionan con el ejercicio *de facto* de las poderes gubernamentales estatales y que, en última instancia, ha sido el Estado quien ha investido al órgano, independientemente de que éste luego se exceda de su competencia; PALCHETTI, Paolo. *L’organo di fatto dello Stato nell’ illecito internazionale*. Milano: Giuffré, 2007, p. 246, aludiendo a la necesidad de certeza de las relaciones internacionales como fundamento de esta regla de atribución.

<sup>1120</sup> PRIEHII, cit., art. 7, comentario n° 7.

Para intentar fijar un criterio de distinción, los Comentarios del PRIEHII recurren a la teoría de la apariencia, en cuya virtud la “*apariencia de autoridad*” es suficiente para fundamentar la imputabilidad, con independencia de los “*motivos impropios o ulteriores del sujeto*”<sup>1121</sup>. Pero ¿qué se entiende por apariencia? Según MARIÑO MENÉNDEZ, el requisito de la apariencia se satisface si el órgano se presenta investido de la autoridad correspondiente o realiza el hecho ilícito en el ejercicio de sus funciones o actúa protegido por la condición oficial<sup>1122</sup>. Por el contrario, la falta de apariencia, según AGO, se produce cuando cualquiera podría percatarse que un individuo carece manifiestamente de competencia, aún actuando en cumplimiento de funciones estatales o cuando sus actuaciones son absolutamente extrañas al ejercicio de funciones públicas<sup>1123</sup>.

---

<sup>1121</sup> PRIEHII, cit., art. 4, comentario n° 13 y art. 7, comentario n° 3. Según BROWNLIE. *System of the Law of Nations. State Responsibility. Part I.* Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 145, la regla de los actos *ultra vires* consolida un tipo de responsabilidad objetiva, porque descarta la importancia de las motivaciones del sujeto actor. El autor ilustra su postura con el ejemplo de un policía que, a pesar de estar motivado por un deseo de venganza personal, comete una ilicitud en el ejercicio de su función pública, haciendo que su acto sea imputable al Estado.

<sup>1122</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 481. Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA/CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la encrucijada*, 3ª ed., cit., p. 508 y GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., p. 88, para quienes la apariencia se configura si el órgano actúa “*de modo objetivamente subsumible en el ámbito de sus funciones*”.

<sup>1123</sup> *Fourth report on State responsibility*, by Mr. Roberto AGO, Special Rapporteur. The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility. Document A/CN.4/264 and Add.1, *Yearbook of the International Law Commission*, 1972, vol. II, p. 93, párr. 55. Cfr. PRIEHII, cit., art. 7, comentario n° 2.

La doctrina clásica consideraba que los actos de los órganos estatales ejecutados más allá del marco de su competencia no eran actos del Estado, con lo cual no generaban responsabilidad internacional. Vid., v. gr., QUADRI, Rolando. *La sudditanza nel Diritto internazionale*. Padova: Cedam, 1936, pp. 187-196, alegando, entre otros argumentos, que no existe un deber internacional absoluto del Estado de evitar que sus agentes realicen hechos ilícitos o actúen más allá de los márgenes de la legalidad. Sin embargo, la defensa de esta posición puede conducir a la inoperancia absoluta del régimen de responsabilidad internacional, porque el Estado podría eximirse fácilmente de su responsabilidad con el simple alegato de que el acto constitutivo del hecho ilícito es un acto no autorizado o *ultra vires* y, por tanto, un acto no estatal. Lo absurdo de esta conclusión motivó una serie de críticas e impulsó una evolución de la doctrina hacia la justificación de la imputabilidad de los actos *ultra vires*. Para un estudio detallado de esta evolución se puede consultar el muy documentado artículo de PRZETACZNIK, op. cit., pp. 137 y 147-150. En opinión de este autor, pueden distinguirse tres corrientes doctrinarias que justifican la imputabilidad de los actos *ultra vires*. Según una primera postura, la imputabilidad de un acto de este tipo requiere, al menos, que el órgano que lo ejecute sea competente. Para un buen ejemplo de esta posición, vid. STARKE, Joseph Gabriel, “Imputability in International Delinquencies”, *British Yearbook of International Law*, vol. XIX, 1939, pp. 110-ss, argumentando que si el agente es incompetente, lo que se imputa no es su comportamiento, sino los actos de otros agentes del Estado que consisten en no detener, prevenir o sancionar al agente actor.

Para una segunda variante, defendida, entre otros, por SERENI, Angelo Piero. *Diritto Internazionale*. 5 vols. Milano: Giuffrè, t. III (Relazioni Internazionali), 1962, pp. 1507-ss., la imputación del acto *ultra vires* se justifica si el órgano emplea los medios que el Estado pone a su disposición para el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, una tercera y última variante, más asimilable a la posición contemporánea reflejada en el PRIEHII, la imputabilidad se justifica en una combinación alternativa entre las dos variantes

A pesar de que los autores se esmeran en la búsqueda de criterios lógicos para trazar estas distinciones, no siempre es fácil valorar la concurrencia de un acto *ultra vires* en un caso práctico, de modo que el análisis casuístico será de vital importancia para alcanzar conclusiones sobre la imputabilidad de los hechos.

La práctica internacional sobre la atribución de los actos *ultra vires* ha ido evolucionando a lo largo de la historia. De hecho, los primeros precedentes jurisprudenciales que se enfrentaron en el siglo XIX rechazaban la atribución de estos actos<sup>1124</sup>. Cabe mencionar, entre otros precedentes, el caso *William Yeaton* relativo a unas actuaciones negligentes de las autoridades portuarias venezolanas. En este laudo la Comisión Mixta Estadounidense-Venezolana sostuvo que “*es un principio del Derecho internacional bien reconocido por las naciones civilizadas, que los gobiernos, generalmente, no pueden considerarse pecuniariamente responsables por los actos de sus oficiales en el ejercicio de sus deberes*”<sup>1125</sup>.

Una posición similar fue defendida en el marco del proceso de codificación del Derecho internacional en el seno de la Sociedad de las Naciones. Según GUERRERO, presidente del Comité de Expertos sobre la Codificación Progresiva del Derecho Internacional, un acto *ultra vires*, al reflejar un incumplimiento del Derecho nacional, no puede ser considerado por el Derecho internacional como un acto imputable al Estado<sup>1126</sup>. Afortunadamente, esta tesis fue puesta en tela de juicio durante el desarrollo de ese proceso codificador y finalmente se concluyó por la imputabilidad de estos actos<sup>1127</sup>. Este cambio de ruta se ha ido reflejando en la práctica internacional y tras una larga evolución, en la actualidad existe un amplio reconocimiento de la imputabilidad

---

anteriores. Por ejemplo, para QUENEUDEC, Jean-Pierre, *La Responsabilité Internationale de l'Etat pour les Fautes Personnelles de ses Agents*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 120 y MERON, “International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials”, cit., pp. 113-114, el acto *ultra vires* es imputable si el agente estatal actúa en el ámbito real o aparente de su competencia o si habiendo actuado fuera de ese ámbito competencial se sirve de su función oficial para la comisión del acto.

<sup>1124</sup> Cfr. PRIEHII, cit., art. 7, comentario n° 3; PRZETACZNIK, op. cit., pp. 137-ss.

<sup>1125</sup> *The case of William Yeaton*, en BASSETT MOORE, John, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, 6 vols. Washington: Government Press Office, 1898, t. III, p. 2946: “*It is a principle of international law well recognized by civilized nations, that governments are not ordinarily, at least, held to be responsible, peculiarly, for the acts of their officers in the exercise of their duties*”.

<sup>1126</sup> La doctrina que defendió esta posición, se denominó “doctrina Guerrero”, por el apellido de su autor.

<sup>1127</sup> PRIEHII, cit., art. 7, comentario n° 3. Cfr. MERON, “International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials”, cit., p. 92 y 101-103; PRZETACZNIK, op. cit., pp. 139-141.

de los actos *ultra vires*, tal como ha sido confirmado en la opinión consultiva de la CIJ sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*<sup>1128</sup>.

Para las primeras aplicaciones de la teoría de imputabilidad de los actos *ultra vires* debe recurrirse a una nutrida e interesante jurisprudencia arbitral internacional de principios del siglo XX<sup>1129</sup>. En el caso *Caire*, por ejemplo, sobre el asesinato de un ciudadano francés que se había rehusado a entregar bajo amenaza una suma de dinero a integrantes de una brigada villista, la Comisión Franco-Mexicana consideró que el acto era imputable al Estado mexicano, haciendo expresa alusión a la teoría de la apariencia y señalando que la imputabilidad de un acto cometido por los órganos de un Estado requería que el órgano haya actuado como oficial autorizado o empleando poderes o medidas subyacentes a su carácter oficial<sup>1130</sup>.

En la misma línea, es muy recurrente la referencia a los laudos de la Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos (en adelante, CGRME), que aplicó la teoría de los actos *ultra vires* en muchas de sus resoluciones. Una sentencia representativa es la del caso *Youmans*, sobre la muerte de tres norteamericanos en el contexto de algunos disturbios. Las autoridades mexicanas habían enviado la policía para restablecer el orden, pero ésta, extrañamente, se unió a los revoltosos. La sentencia desechó el argumento del Estado mexicano, que buscaba la exención de responsabilidad basándose en las extralimitaciones de la policía<sup>1131</sup>.

---

<sup>1128</sup> CIJ. *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 of the Charter)*, Advisory Opinion, 20 de julio de 1962, *I.C.J. Reports*, 1962, p. 168.

<sup>1129</sup> Para el análisis de esta jurisprudencia, cfr. BROWNLIE, *System of the Law of Nations*, cit., pp. 145-150; PRZETACZNIK, op. cit., pp. 141-ss.

<sup>1130</sup> COMISIÓN FRANCO-MEXICANA (*Commission Franco-Mexicaine*). *Estate of Jean-Baptiste Caire (France) vs. United Mexican States*, 7 de junio de 1929, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 530.

<sup>1131</sup> CGRMEU. *Youmans (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 23 de noviembre de 1926, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 116 (párr. 14): “*Certain cases coming before the international tribunals may have revealed some uncertainty whether the acts of soldiers should properly be regarded as private acts for which there was no liability on the State, or acts for which the State should be held responsible. But we do not consider that the participation of the soldiers in the murder at Anganguero can be regarded as acts of soldiers committed in their private capacity when it is clear that at the time of the commission of these acts the men were on duty under the immediate supervision and in the presence of a commanding officer. Soldiers inflicting personal injuries or committing wanton destruction or looting always act in disobedience of some rules laid down by superior authority. There could be no liability whatever for such misdeeds if the view were taken that any acts committed by soldiers in contravention of instructions must always be considered as personal acts*” [Algunos casos tratados por los tribunales internacionales han revelado algunas incertezas al valorar si los actos de los soldados deberían ser considerados correctamente como actos privados por lo que no habría responsabilidad del Estado o como actos por los que el Estado debería ser considerado responsable. Pero nosotros no creemos

Otro caso relevante es el de *Mallén*, que se pronunció sobre dos agresiones cometidas por un policía. Respecto de la primera agresión, la sentencia concluyó por su inimputabilidad, dado que el policía no había actuado en ejercicio de sus funciones. Sin embargo, la segunda agresión, a pesar de haber sido motivada por la venganza personal del policía, fue imputada al Estado demandado porque cometida en ejercicio del cargo<sup>1132</sup>.

También el caso *Way*, sobre un homicidio de un ciudadano norteamericano ordenado por un alcalde mexicano, confirma la aplicación de los actos *ultra vires*. En esta sentencia se consideró “*un firme principio aquél en cuya virtud las infracciones de las personas dedicadas al desempeño de las funciones públicas, cualquiera sea su status de acuerdo al Derecho nacional, implica una infracción de la nación en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, de modo que dichas ilicitudes son un infortunio por el que la nación es titular de responsabilidad*”<sup>1133</sup>.

Un caso que suele citarse como antecedente de la aplicación de la teoría de los actos *ultra vires* es la sentencia *Stephens*, relativa a un confuso incidente que terminó con la muerte de un ciudadano norteamericano en un control, a mano de un integrante de las *defensas sociales* –milicias irregulares mexicanas– en el marco de las tensiones de la revolución. Se concluyó que las milicias estaban “actuando para” (*acting for*) el Estado mexicano<sup>1134</sup>.

---

que la participación de los soldados en el asesinato de Anganguero pueda ser considerada un acto de soldados cometido en su capacidad privada, siendo claro que al momento de la comisión de esos actos el sujeto estaba en el ejercicio del cargo bajo la inmediata supervisión y en presencia de un comandante. Los soldados que ocasionen lesiones, provoquen daños sin justificación o realicen actos de saqueo, siempre actúan en desobediencia de algunas reglas impuestas por la autoridad superior jerárquica. No podría haber responsabilidad por tales fechorías si se considerare que cualquier acto cometido por soldados en contravención a las instrucciones debe siempre ser considerada un acto personal].

<sup>1132</sup> CGRMEU. *Francisco Mallén (United Mexican States) vs. United States of America*, 27 de abril de 1927, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 176-177. El hecho determinante para llegar a esta conclusión fue la utilización de la insignia oficial por parte del autor durante la comisión del hecho.

<sup>1133</sup> CGRMEU. *William T. Way (U.S.A.) vs. United Mexican States*, decision, 18 de octubre de 1928, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 400: “*a sound principle that, when misconduct on the part of persons concerned with the discharge of governmental functions, whatever their precise status may be under domestic law, results in a failure of a nation to live up to its obligations under international law, the delinquency on the part of such persons is a misfortune for which the nation must bear the responsibility*”.

<sup>1134</sup> CGRMEU. *Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 15 de julio de 1927, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, párrs. 4 y 7. Desde la visión contemporánea de las reglas de atribución del hecho internacionalmente ilícito, quizás se trate de un caso asimilable a la regla del control que será analizada en detalle más adelante, en el § 2.1.



Además de la jurisprudencia de la CGRMEU, hay otros laudos arbitrales que aplicaron la teoría de los actos *ultra vires*. Por ejemplo, la sentencia *Union Bridge Company* sobre la errónea apropiación de una propiedad neutral norteamericana, concluyó que el error en que incurrió el órgano estatal no podía eximir al Estado de responsabilidad, porque el acto fue cometido en el ejercicio de su función<sup>1135</sup>.

En la sentencia *Maal*, la Comisión Holandesa-Venezolana se pronunció sobre un caso de detención de un hombre de negocios holandés por sospecharse su colaboración en una conspiración contra el Gobierno Revolucionario de ese entonces, concluyendo que el Estado era responsable de los actos de sus subordinados, “*sin importar cuán odiosos sean éstos*”<sup>1136</sup>.

En el caso *La Masica* sobre la muerte de tres ciudadanos británicos en un incidente con la policía hondureña, el rey de España ALFONSO XIII, actuando como árbitro, consideró que un Estado es responsable por las acciones legales o ilegales de sus autoridades<sup>1137</sup>.

Un último ejemplo, algo más reciente, es el laudo *Yeager vs. República Islámica de Irán* pronunciado por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (en adelante, TRIE). Al valorar la conducta de un agente de una compañía aérea controlada por el Gobierno que, habiendo actuado a título oficial, exigió una suma adicional de dinero para permitir que la hija del demandante tomase un vuelo para el que tenía un billete confirmado, el Tribunal dispuso que “[e]stá generalmente aceptado que el comportamiento del órgano de un Estado puede ser atribuible al Estado, incluso cuando en un caso concreto el órgano se haya excedido en la competencia que le incumbe con arreglo al Derecho interno o haya actuado en contra de las instrucciones

---

<sup>1135</sup> ARBITRAL TRIBUNAL (GREAT BRITAIN-UNITED STATES). *Union Bridge Company (United States) vs. Great Britain*, 8 January 1924, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, p. 141.

<sup>1136</sup> COMISIÓN HOLANDESA-VENEZOLANA. *Maal case*, 1903, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, p. 732: “No matter how odious these acts may be”.

<sup>1137</sup> *La Masica Case (Great Britain, Honduras)*, 7 de diciembre de 1916, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XI, p. 560: “a State is bound on certain occasions, to make good the damage caused to foreign nationals by illegal acts of omission or commission on the part of its authorities” [en ciertas ocasiones, un Estado debe reparar el daño causado a nacionales extranjeros por las acciones u omisiones ilegales de sus autoridades].

*relativas a su actividad. Pero debe haber actuado en su calidad de órgano del poder público*”<sup>1138</sup>.

Sin duda, la jurisprudencia a la que se acaba de hacer referencia es ilustrativa para visualizar la aplicación de la teoría de los actos *ultra vires* a casos concretos. Sin embargo, hay cierta confusión en la argumentación empleada para justificar la imputabilidad. Sin bien todos los precedentes citados aplican y reconocen los actos *ultra vires* y los imputan al Estado demandado, no es fácil sistematizar las argumentaciones empleadas para alcanzar esas conclusiones, dificultándose sobremanera la construcción o identificación de los criterios justificativos de la atribución<sup>1139</sup>. Este diagnóstico, parece demostrar que la valoración sobre la imputabilidad de las extralimitaciones competenciales termina siendo una cuestión casuística.

En cuanto al Derecho internacional humanitario la teoría de imputabilidad los actos *ultra vires* pierde su razón de ser, porque de acuerdo con el artículo 91 del PICG “[l]a Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo [...] será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas”, reiterando lo ya dispuesto en el artículo 3 del Convenio IV de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre<sup>1140</sup>. Como bien apunta KALSHOVEN, el régimen de responsabilidad internacional del Derecho internacional humanitario es más amplio del régimen general de responsabilidad internacional del Estado, en tanto en cuanto el primero comprende todos los actos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado y no sólo las actuaciones realizadas en el ejercicio oficial del cargo<sup>1141</sup>. Según los Comentarios del PICG, el artículo 91 contempla una regla de carácter consuetudinario cuya finalidad es evitar que el régimen de responsabilidad de los Estados se torne ilusorio en el marco de

---

<sup>1138</sup> TRIE. *Yeager vs. The Islamic Republic of Iran*, case n° 10.199, 2 de noviembre de 1987, *International Law Reports*, vol. 82, 1990, p. 201 (párr. 65): “It is widely accepted that the conduct of an organ of a State may be attributable to the State, even if in a particular case the organ exceeded its competence under international law or contravened instructions concerning its activity. It must have acted in its official capacity as an organ, however”.

<sup>1139</sup> También crítico, MERON, “International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials”, cit., p. 105.

<sup>1140</sup> *Convenio IV de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre* cit. Para un completo análisis de ambas disposiciones, vid. KALSHOVEN, Frits. “State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces. From Article 3 to Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, pp. 830-ss.

<sup>1141</sup> KALSHOVEN, op. cit., p. 853.

un conflicto armado, de modo que la imputabilidad se fundamenta en el hecho de que todo agente de las fuerzas armadas es un agente del Estado, subsistiendo la responsabilidad de éste aún en el evento de que aquél se exceda su competencia o contravenga las instrucciones<sup>1142</sup>. La regla del artículo 91 PICG ha sido confirmada por la CIJ en la sentencia sobre las *Actividades armadas en el territorio del Congo*<sup>1143</sup>.

Tras este recuento general sobre la entidad de los actos *ultra vires* y la práctica internacional más importante sobre su aplicación, cabe entrar de lleno en su análisis como regla de imputabilidad de las desapariciones forzadas.

## 2.2. La aplicabilidad a la desaparición forzada de la regla de atribución de los actos *ultra vires*

---

<sup>1142</sup> PICTET, Jean et al. *Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions*. Geneva: International Committee of the Red Cross/Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 1053 (párrs. 3645 y 3646) y 1057 (párr. 3660). El art. 91 del PICG es una *lex specialis* que se aplica preferentemente a las disposiciones generales sobre la responsabilidad internacional de los Estados y cuya finalidad es imputar a la Parte en conflicto los hechos ilícitos que, pese a no estar directamente relacionados con el objeto del conflicto armado, son ejecutados por las fuerzas armadas, por ejemplo, delitos sexuales o actos de pillaje. Cfr. DE HOOGH, André J. J., “Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia”, *The British Yearbook of International Law*, vol. LXXII, 2001, p. 284; STERN, op. cit., p. 203. Al respecto, SASSÒLI indica que “la responsabilidad absoluta por tales actos también se justifica por el hecho de que los soldados forman parte de una categoría particular de órganos del Estado, sobre la cual éste ejerce un control más estricto que sobre otros funcionarios. Quienes no quieren tener en cuenta que el artículo 3 del Convenio de La Haya n° IV es una *lex specialis* en relación con el artículo 7 del Proyecto pueden considerar que, al menos en tiempo de guerra y en relación con hechos regidos por el Derecho internacional humanitario, los miembros de las fuerzas armadas siempre están en servicio y nunca actúan en calidad de personas meramente privadas. Como personas privadas, nunca habrían entrado en contacto con ciudadanos enemigos ni habrían actuado en territorio enemigo”. Vid. SASSÒLI. “La responsabilidad del Estado por las violaciones del Derecho internacional humanitario” [En línea], *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 846, 2002. Disponible en <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TECBX>>. [Consulta: 18 de julio de 2014], s. p. Cfr. DE HOOGH, op. cit., p. 284.

<sup>1143</sup> CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., párr. 214: “It is furthermore irrelevant for the attribution of their conduct to Uganda whether the UPDF personnel acted contrary to the instructions given or exceeded their authority. According to a well-established rule of a customary nature, as reflected in Article 3 of the Fourth Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land of 1907 as well as in Article 91 of Protocol I additional to the Geneva Conventions of 1949, a party to an armed conflict shall be responsible for all acts by persons forming part of its armed forces”. [para la atribución de su conducta a Uganda, es irrelevante si el personal del UPDF actuó en contravención de las instrucciones impartidas o en exceso de su autoridad. De acuerdo con una regla consuetudinaria bien establecida, como se refleja en el artículo 3 del Cuarto Convenio de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907 y en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, una Parte en un conflicto será responsable por todos los actos de personas que forman parte de sus fuerzas armadas]. Cabe recordar que en el laudo de la CGRMEU, *Youmans (U.S.A.) vs. United Mexican States*, cit., p. 116 (párr. 14), también se justificó la imputabilidad de las actuaciones de las fuerzas armadas, aún en infracción manifiesta de la legalidad.

El criterio de los actos *ultra vires* ha adquirido una importancia capital en el Derecho internacional de los derechos humanos, porque es común que la violación de un derecho sea cometida por un agente estatal en extralimitación de su competencia o al margen de la legalidad. Para MERON, la aplicación de la teoría de los actos *ultra vires* es fundamental para la eficacia del Derecho internacional de los derechos humanos, porque si se aceptara el argumento de la inimputabilidad fundado en la concurrencia de esos actos, todo el régimen de responsabilidad internacional se desmembraría<sup>1144</sup>.

En cuanto a la práctica internacional general sobre derechos humanos, el TEDH, por ejemplo, en la sentencia de la Gran Sala *Ilaşcu y otros vs. Moldavia y Rusia*, al interpretar el artículo 1 del CEDH que regula su ámbito de aplicación, examinó la cuestión de la responsabilidad del Estado remitiéndose al artículo 7 del PRIEHII en los siguientes términos: “*se puede exigir responsabilidad a un Estado incluso cuando sus agentes actúen ultra vires o en contra de sus instrucciones. En virtud del Convenio las autoridades de un Estado son estrictamente responsables por el comportamiento de sus subordinados; están obligadas a imponer su voluntad y no se pueden amparar en su incapacidad para garantizar que se respete*”<sup>1145</sup>. En las sentencias *Lăcătuş y otros vs. Rumania y Moldavia y Moldovan y otros vs. Rumania*, dos casos de abusos contra personas de etnia gitana cometidos por particulares con la participación de la policía, el Tribunal Europeo confirmó la procedencia de la regla de los actos *ultra vires* para atribuir los hechos al Estado<sup>1146</sup>.

El TPIY también ha reconocido la vigencia y aplicabilidad de esta regla en la sentencia de apelación del caso *Tadić*: “*un Estado es internacionalmente responsable por los actos ultra vires o las transacciones de sus órganos. En otras palabras, incurre*

---

<sup>1144</sup> MERON, “State Responsibility for Violations of Human Rights”, cit., p. 375.

<sup>1145</sup> TEDH, *Ilaşcu and others vs. Moldova and Russia*, cit., párr. 319: “A State may also be held responsible even where its agents are acting *ultra vires* or contrary to instructions. Under the Convention, a State’s authorities are strictly liable for the conduct of their subordinates; they are under a duty to impose their will and cannot shelter behind their inability to ensure that it is respected”. La idea ya había sido formulada en la sentencia *Ireland vs. the United Kingdom*, cit., párr. 159: “under the Convention those authorities are strictly liable for the conduct of their subordinates; they are under a duty to impose their will on subordinates and cannot shelter behind their inability to ensure that it is respected” [En virtud del Convenio las autoridades de un Estado son estrictamente responsables por el comportamiento de sus subordinados; están obligadas a imponer su voluntad y no se pueden amparar en su incapacidad para garantizar que se respete].

<sup>1146</sup> TEDH. *Lăcătuş and others vs. Romania*, application no.12694/04, judgment, 13 de noviembre de 2012, párr. 83; el mismo, *Moldovan and others vs. Romania* (as regards the applicants Iulius Moldovan, Melenuţa Moldovan, Maria Moldovan, Otilia Rostaş, Petru (Gruia) Lăcătuş, Maria Floarea Zoltan and Petru (Dîgăla) Lăcătuş), applications n° 41138/98 y 64320/01, judgment n° 2, 12 de julio de 2005, párr. 94.

*en responsabilidad incluso por los actos cometidos por sus funcionarios fuera de su competencia o contrarios a los mandatos del Estado. El fundamento de esa disposición es que un Estado debe responder de los actos de sus órganos con independencia de que esos órganos hayan cumplido o no instrucciones recibidas de las autoridades superiores, en caso de que las hubiera. En términos generales, se puede sostener que todo el corpus del Derecho internacional relativo a la responsabilidad del Estado se basa en un concepto realista de la rendición de cuentas, que ignora las formalidades jurídicas y tiene por objetivo asegurar que los Estados que confíen algunas funciones a personas o grupos de personas respondan de sus acciones, aun cuando actúen en contra de las directrices del Estado”<sup>1147</sup>.*

Además, esta sentencia especifica que la imputabilidad de este tipo de actos requiere que el órgano estatal actúe en su calidad oficial: *“la responsabilidad del Estado se deriva objetivamente del hecho de que las personas que participen en determinados actos internacionalmente ilícitos posean, con arreglo a la legislación pertinente, la condición de funcionarios del Estado o de funcionarios de una entidad pública del Estado [...]. El Derecho internacional hace a los Estados responsables de los actos que infrinjan el Derecho internacional realizados [...] por personas que tengan la condición oficial de órganos de un Estado (y ello ocurre incluso cuando esos órganos actúan ultra vires o contra legem)”<sup>1148</sup>.*

Ahora bien, en cuanto al ámbito específico de la desaparición forzada, MANERO SALVADOR se ha mostrado favorable a la aplicación de esta regla de imputación<sup>1149</sup>. En un número significativo de casos la desaparición forzada implicará la comisión de actos

---

<sup>1147</sup> TPIY, AC, *Tadić*, judgment, IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, párr. 121: *“a State is internationally accountable for ultra vires acts or transactions of its organs. In other words it incurs responsibility even for acts committed by its officials outside their remit or contrary to its behest. The rationale behind this provision is that a State must be held accountable for acts of its organs whether or not these organs complied with instructions, if any, from the higher authorities. Generally speaking, it can be maintained that the whole body of international law on State responsibility is based on a realistic concept of accountability, which disregards legal formalities and aims at ensuring that States entrusting some functions to individuals or groups of individuals must answer for their actions, even when they act contrary to their directives”*.

<sup>1148</sup> *Íd.*, párr. 123: *“State responsibility objectively follows from the fact that the individuals who engage in certain internationally wrongful acts possess, under the relevant legislation, the status of State officials or of officials of a State’s public entity [...] [I]nternational law renders any State responsible for acts in breach of international law performed [...] by individuals having the formal status of organs of a State (and this occurs even when these organs act ultra vires or contra legem)”*.

<sup>1149</sup> MANERO SALVADOR, op. cit., p. 115.

prohibidos por el ordenamiento jurídico, de modo que el Estado no podría argumentar su irresponsabilidad basándose en la actuación ilegal de sus agentes<sup>1150</sup>.

En el marco convencional, debe recordarse que todos los instrumentos internacionales específicos sobre las desapariciones forzadas hacen alusión a los agentes estatales<sup>1151</sup>. Si bien no se remiten explícitamente a los sujetos que actúan *ultra vires*, por vía interpretativa es posible concluir que esta regla puede aplicarse a las desapariciones, ya que la referencia a los sujetos estatales se realiza en términos amplios. Además, el exceso de competencia o la extralimitación de funciones no eliminan la calidad estatal del sujeto.

En cuanto a la práctica, el informe elaborado por ERMACORA en 1979 sobre la situación de los desaparecidos en Chile, se refirió a la posibilidad de la imputación de las desapariciones al Estado aunque éste no las autorizare expresamente o tolerare su práctica generalizada y siempre que no adoptare medidas para aclarar la suerte y paradero de las víctimas y perseguir procesalmente a los responsables<sup>1152</sup>. Esto hace pensar a MERON que el informe reconoce implícitamente la plausibilidad de los actos *ultra vires*<sup>1153</sup>.

A su vez, el HRC en el caso *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka* estableció explícitamente la irrelevancia del carácter *ultra vires* de los actos estatales para la configuración de la responsabilidad internacional del Estado. También en este caso la defensa utilizó como argumento que la desaparición, aunque ejecutada por integrantes del ejército, era un acto ilegal desconocido por los superiores jerárquicos de los autores. Afortunadamente, el HRC consideró intrascendente esta argumentación para los efectos de la atribución<sup>1154</sup>.

Asimismo, desde el caso *Velásquez Rodríguez* la jurisprudencia de la CorteIDH ha aceptado que la atribución de un comportamiento al Estado se produce con

---

<sup>1150</sup> MERON, "International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials", cit., p. 95, argumenta que las detenciones o arrestos ilegales implican, generalmente, la comisión de actos *ultra vires*, citando una serie de laudos arbitrales sobre detenciones ilegales, v. gr., CGRME. *Harry Roberts (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 2 de noviembre de 1926, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 77-81.

<sup>1151</sup> Capítulo II, § 3.

<sup>1152</sup> AG. *Informe del Consejo Económico y Social*. Protección de los derechos humanos en Chile. A/34/583/Add.1 (21 noviembre 1979), párr. 172.

<sup>1153</sup> MERON, "State Responsibility for Violations of Human Rights", cit., p. 375.

<sup>1154</sup> HRC, *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka*, cit., párrs. 7.4, 7.9 y 9.2.

independencia “de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del Derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del Derecho interno. El mencionado principio se adecúa perfectamente a la naturaleza de la Convención, que se viola en toda situación en la cual el poder público sea utilizado para lesionar los derechos humanos en ella reconocidos. Si se considerara que no compromete al Estado quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornaría ilusorio el sistema de protección previsto en la Convención”<sup>1155</sup>.

Esta posición se ha visto reflejada en jurisprudencia posterior sobre desapariciones forzadas. Por ejemplo, la sentencia *Godínez Cruz vs. Honduras* concluyó que las lesiones a los derechos humanos consagrados en la CADH cometidas por funcionarios públicos en su carácter oficial, aun contraviniendo el Derecho interno o en exceso de competencia, constituyen una infracción a la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1(1) de la CADH<sup>1156</sup>.

La aplicación de este principio ha tenido una gran importancia para la resolución de los casos sobre desapariciones cometidas por paramilitares en Colombia con la colaboración del ejército regular del Estado. Uno de los argumentos utilizados por la defensa para intentar eludir la responsabilidad, en efecto, se ha basado en la actuación *ultra vires* de los miembros del ejército. Afortunadamente, la CorteIDH ha rechazado esta tesis. En casos como el de la *Masacre de Mapiripán*, la *Masacre de Pueblo Bello* y *Caballero Delgado y Santana*, se ha concluido que es un principio de Derecho internacional la responsabilidad del Estado por las acciones y omisiones de sus agentes cometidos al amparo de su carácter oficial, incluso cuando esos comportamientos se cometan en extralimitación de la competencia<sup>1157</sup>.

---

<sup>1155</sup> Cfr. CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párrs. 170-171.

<sup>1156</sup> CorteIDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párrs. 178-179.

<sup>1157</sup> CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 108; la misma, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 111; la misma, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, cit., párr. 56. El tribunal interamericano también ha aplicado el principio de los actos *ultra vires* en sentencias que no dicen relación con desapariciones forzadas, entre otras, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, cit.,

Por lo tanto, la regla de los actos *ultra vires* ha tenido y seguirá teniendo una importancia capital para desechar las tesis defensivas que intenten justificar una violación de los derechos humanos en una extralimitación del funcionario que la ha cometido. Siendo la desaparición forzada un delito, es muy probable que su comisión se haya realizado en extralimitación de la competencia o con infracción del ordenamiento jurídico<sup>1158</sup>. Es esos supuestos, el criterio de los actos *ultra vires* debe ser utilizado para justificar la atribución.

## CONCLUSIONES PRELIMINARES

Tras la exposición de las diferentes secciones de este apartado, dedicado a la reflexión sobre las formas de imputar al Estado la desaparición forzada cometida por sus propios agentes, es posible esbozar las siguientes conclusiones preliminares:

### **1. El principio de unidad del Estado puede ser aplicado como un criterio para la atribución de la desaparición forzada.**

El principio de unidad del Estado ha sido aplicado en la práctica internacional sobre la desaparición forzada para fundamentar la atribución de este ilícito. Se trata de una cuestión que no ha suscitado problemas técnicos ni dogmáticos y que incluso suele sobrentenderse debido a su obviedad. En efecto, la jurisprudencia no suele referirse expresamente a la aplicación de este principio, sino que omite este paso argumentativo para concentrarse en la acreditación de los hechos constitutivos del ilícito y en la identificación de los derechos afectados.

---

párr. 178; “*Cinco Pensionistas*” vs. *Perú*, cit., párr. 163; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, cit., párr. 76.

<sup>1158</sup> No se configuraría una extralimitación competencial o una infracción del ordenamiento interno, cuando ese mismo ordenamiento contemplare una autorización o un plan para la comisión de desapariciones forzadas, por ejemplo, el decreto nazi “Noche y Niebla”. Sin embargo, es poco probable que en el presente los Estados emprendan violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos dándole un sustento normativo, con la publicidad que el mismo conllevaría. La tendencia contemporánea es la de intentar camuflar o eludir la responsabilidad mediante la implementación de estrategias de impunidad. Ahora bien, la eventual existencia de un régimen normativo interno que autorizare o legalizare formalmente la desaparición sería absolutamente contraria a las obligaciones internacionales que prohíben su comisión.



**2. La regla de los actos *ultra vires* puede ser aplicada como criterio de atribución de la desaparición forzada.**

Esta regla de atribución también ha tenido aplicación en la práctica internacional sobre la desaparición. Recuérdese que la desaparición, además de ser un hecho ilícito internacional es un delito a nivel interno. Por ende, la actuación de los agentes estatales que cometen la desaparición suele ser un comportamiento *contra legem* que desborda la competencia de cualquier funcionario estatal. La aplicación de los actos *ultra vires* es una importante herramienta argumentativa para rechazar las tesis defensivas que se escudan en el desconocimiento del hecho por parte de las autoridades estatales o en los excesos cometidos por el agente autor de la desaparición.

## **CAPÍTULO VII: LA ATRIBUCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR AGENTES NO ESTATALES QUE ACTÚAN CON LA AUTORIZACIÓN, EL APOYO O LA AQUIESCENCIA DEL ESTADO**

### **ACLARACIONES PRELIMINARES**

Como ha sido explicado en la sección anterior, según el principio de unidad del Estado todos los actos cometidos por sus agentes estatales le son imputables para los efectos de la responsabilidad internacional. Según el axioma inverso que se deriva de este principio, los actos de los particulares no pueden ser atribuidos al Estado<sup>1159</sup>. Sin embargo, se trata de un axioma con importantes excepciones, porque no son pocas las ocasiones en que un Estado se sirve de sujetos que no pertenecen a su estructura orgánica para perseguir ciertos fines o realizar determinadas acciones. Los artículos 8 a 11 del PRIEHII contemplan las normas para la atribución de esos casos excepcionales.

Una de las artimañas empleadas por los Estados para eludir la responsabilidad que les incumbe en la comisión de la desaparición forzada estriba en recurrir a los agentes no estatales para encomendarles la ejecución material del delito. Este acápite está destinado a la reflexión sobre la atribución al Estado en este tipo de desapariciones. En estas situaciones, el elemento determinante para activar la atribución es la acreditación de un vínculo entre el Estado y el agente no estatal, vínculo que en los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas viene descrito en términos de autorización, apoyo o aquiescencia. Como ya ha sido explicado anteriormente, estos conceptos son relativamente amplios y permiten abarcar un conjunto diverso de supuestos<sup>1160</sup>. Pues bien, las reglas de imputación consagradas en el PRIEHII para atribuir al Estado hechos internacionalmente ilícitos de agentes no estatales pueden ser perfectamente aplicadas a supuestos de desapariciones forzadas, tal como se intentará demostrar a lo largo de este apartado. Los criterios de atribución que se analizarán

---

<sup>1159</sup> PRIEHII, cit., art. 8, comentario n° 1. Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., p. 94.

<sup>1160</sup> Vid. Capítulo II, § 3.

serán dos: el comportamiento de una entidad que ejerce un poder público y el control, la dirección y las instrucciones.

## **1. EL COMPORTAMIENTO DE UNA PERSONA O ENTIDAD QUE EJERCE ATRIBUCIONES DEL PODER PÚBLICO**

La atribución de un comportamiento cometido por una entidad que ejerce funciones del poder público está regulada en el artículo 5 del PRIEHII en los siguientes términos: “[s]e considerará hecho del Estado según el derecho Internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el Derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”. En primer lugar se analizará la operatividad de este criterio como regla de imputabilidad y luego se abordará su aplicabilidad para casos de desapariciones forzadas.

### **1.1. La imputabilidad del comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público**

Esta regla se aplica a cualquier entidad que, sin formar parte de la estructura orgánica del Estado, esté facultada para el ejercicio de un poder, función o atribución de carácter público<sup>1161</sup>. El requisito determinante para la aplicación de esta regla es la existencia de una facultad jurídica que habilite a la entidad para el ejercicio de esas atribuciones. Por ende, es necesaria la delegación formal de una función por parte del Estado, con independencia de que se trate de una acción específica o de un comportamiento que pueda entrañar facultades discrecionales<sup>1162</sup>. Además, la naturaleza de la función debe ser pública, noción cuyo contenido es cada vez más difuso debido a la tendencia contemporánea de externalizar funciones que tradicionalmente se consideran estatales<sup>1163</sup>.

---

<sup>1161</sup> PRIEHII, cit., art. 5, comentario n° 1.

<sup>1162</sup> Íd., comentario n° 7.

<sup>1163</sup> Íd., comentario n° 3. Cfr. HESSBRUEGGE, op. cit., p. 59, aclarando que es el carácter público de la función es más importante que la naturaleza del agente.

Los Comentarios mencionan algunos ejemplos, como las entidades semipúblicas, las entidades paraestatales, las empresas públicas y las empresas privadas que ejercen funciones públicas, como las empresas de seguridad encargadas de la vigilancia de las prisiones o las compañías aéreas que se encargan del control aduanero y migratorio<sup>1164</sup>.

Un interesante fenómeno al que puede ser aplicada esta regla es el de los cazarrecompensas, fenómeno que además puede ser ilustrativo de cara a la operatividad del criterio para casos de desapariciones forzadas, dado que la actividad de los cazarrecompensas también está relacionada con la privación de libertad de una persona. La caza de recompensas es una institución jurídica legalizada en algunos Estados de Estados Unidos, que consiste en la celebración de un contrato entre una agencia estatal y una entidad privada en cuya virtud esta última viene facultada para aprehender a un fugitivo de la justicia y entregarlo a los tribunales competentes a cambio de una recompensa económica. El hecho de que la actividad de los cazarrecompensas esté jurídicamente autorizada no es una garantía absoluta que impida la configuración de la responsabilidad internacional, especialmente, en los casos en que la aprehensión tenga lugar en el territorio de un Estado que no ha prestado su consentimiento para la detención. Si se interpreta que la celebración del contrato equivale a la delegación del poder estatal para privar de libertad a una persona, entonces, sería aplicable el artículo 5 del PREHII<sup>1165</sup>.

Por ejemplo, el caso *Villarreal et al vs. Hammond* se refiere a dos cazarrecompensas que secuestraron a un fugitivo en territorio mexicano a fin de conducirlo ante los tribunales estadounidenses. Ambos cazarrecompensas fueron acusados de secuestro en México. La Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos consideró que los cazarrecompensas debían ser extraditados a México

---

<sup>1164</sup> PRIEHII, cit., art. 5, comentarios n° 1 y 2. Critica la carencia de más especificidad sobre este punto, HAKIMI, Monica. "State Bystander Responsibility", *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 2, 2010, pp. 357-358.

<sup>1165</sup> Cfr. SEAMAN, Perry John. "International Bounty hunting: A Question of State Responsibility", *California Western International Law Journal*, vol. 15, Issue 2, Spring 1985, pp. 405-407, para quien la regla aplicable es la del comportamiento de una entidad que ejerce un poder público; TOWNSEND, Gregory. "State Responsibility for Acts of De Facto Agents", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, Issue 3, 1997, pp. 663-664, en cambio, parece concluir que el cazarrecompensa es un agente *de facto* del Estado, aunque reconoce que la función que desempeña es de carácter público. Cabe advertir que, dependiendo de las circunstancias, podría aplicarse a estos supuestos el criterio de atribución de las instrucciones, regulado en el artículo 8 del Proyecto y que será analizado infra, en el § 2.12.

para su juzgamiento y que se había vulnerado su soberanía territorial. Con esta afirmación, se está reconociendo implícitamente la responsabilidad de Estados Unidos en la violación de la soberanía territorial mexicana<sup>1166</sup>. Sin embargo, la sentencia no apreció ninguna infracción a las garantías procesales del fugitivo.

A continuación se revisará si es posible aplicar esta regla a casos de desapariciones forzadas.

## **1.2. La imputabilidad de las desapariciones forzadas cometidas por un agente no estatal que actúa ejerciendo un poder público**

En la práctica sobre desapariciones forzadas no es fácil encontrar un precedente que haya aplicado expresamente esta regla de atribución. Sin embargo, desde una perspectiva teórica puede pensarse en algunos fenómenos que podrían activar la aplicación de este criterio.

Quizás uno de ellos sea el mercenarismo, una práctica que a pesar de tener una existencia muy antigua, ha ido asumiendo nuevas formas con el transcurso del tiempo, adaptándose a la naturaleza de los conflictos armados contemporáneos. Los mercenarios del siglo XXI son las denominadas “Compañías Privadas de Seguridad” y las “Compañías Militares Privadas”. Se trata de empresas que ofrecen un amplio abanico de servicios en situaciones de conflicto, entre otras, la provisión de alimentos, la realización de operaciones tácticas de combate, la protección de personas y establecimientos, el apoyo logístico, la asesoría técnica, el entrenamiento y capacitación<sup>1167</sup>.

---

<sup>1166</sup> CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS DEL QUINTO CIRCUITO (*United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*). *Villarreal et al vs. Hammond*, 74 F.2d 503 (1934). Cfr. SEAMAN, op. cit., p. 409; TOWNSEND, op. cit., pp. 666-667.

<sup>1167</sup> Sobre los aspectos generales de las compañías privadas militares y de seguridad cfr. ABRISKETA, Joana. “Blackwater: los mercenarios y el Derecho internacional” [En línea]. *Fride. A European Think Thank for Global Action*, 27 de septiembre de 2007. Disponible en <[http://fride.org/descarga/COM\\_blackwater\\_ESP\\_sep07.pdf](http://fride.org/descarga/COM_blackwater_ESP_sep07.pdf)>. [Consulta: 18 de julio de 2014], pp. 8-9; SINGER, Peter W. “Outsourcing War”, *Foreign Affairs*, vol. 84, n° 2, 2005, pp. 119-132; el mismo, “The Regulation of New Warfare” [En línea]. *Brookings*, febrero 2010. Disponible en <<http://www.brookings.edu/research/opinions/2010/02/27-defense-regulations-singer>>. [Consulta: 9 de mayo de 2014], s. p.

Frente a este nuevo tipo de empresas, el concepto jurídico de mercenario plasmado en instrumentos de Derecho internacional humanitario y en los pocos tratados internacionales que regulan la materia, ha quedado obsoleto, sin perjuicio de tener una complejidad técnica que torna muy difícil su aplicación práctica<sup>1168</sup>. De hecho, no existe actualmente un marco normativo internacional sobre las empresas privadas militares y de seguridad, cuestión que está siendo abordada, con muchas dificultades técnicas y

---

<sup>1168</sup> El concepto de mercenario está contemplado en el art. 47 del PICG, cit.: “1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra. 2. Se entiende por mercenario toda persona: a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado; b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades; c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares a las fuerzas armadas de esa Parte; d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto; e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto”. Para la reflexión sobre la regulación de los mercenarios en el Derecho internacional humanitario, cfr. ABRISKETA, op. cit., pp. 3-6 y 11, refiriéndose al concepto; BOSCH, Shannon. “Private Security Contractors and State Responsibility”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 41(3), November 2008, pp. 357-371 y HOPPE, Carsten. “Private Conduct, Public Service?: State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law committed by Individuals Providing Coercive Services under a Contract with a State”, en MATHESON, Michael J./MOMTAZ, Djamchid, *Les Règles et les Institutions du Droit International Humanitaire à l'Épreuve des Conflits Armés Récents/Rules and Institutions of International Humanitarian Law Put to the Test of Recent Armed Conflicts*. Leiden: Nijhoff, 2010, pp. 445-483, sobre la posibilidad de atribuir sus ilicitudes al Estado.

En cuanto a la regulación convencional, vid. *Convenio internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios*, aprobado por la AG en su res. 44/34, 4 de diciembre de 1989, entrado en vigencia el 20 de octubre de 2001, UNTS, vol. 2163, p. 75, art. 1(1): “1. Se entenderá por «mercenario» toda persona: a) Que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para combatir en un conflicto armado; b) Que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte; c) Que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto; d) Que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y e) Que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no sea Parte en conflicto”. En el marco regional africano, vid. también *OAU Convention for the Elimination of Mercenarism in Africa*, Libreville, adoptada el 3 de julio de 1977, art. 1(1): “A mercenary is any person who: a) Is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict; b) Does in fact take a direct part in the hostilities; c) Is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and in fact is promised by or on behalf of a party to the conflict material compensation; d) Is neither a national of a party to the conflict nor a resident of territory controlled by a party to the conflict; e) Is not a member of the armed forces of a party to the conflict; and f) Is not sent by a state other than a party to the conflict on official mission as a member of the armed forces of the said state”. [Es mercenario toda persona que: a) Haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para combatir en un conflicto armado; b) De hecho, participe directamente en las hostilidades; c) Participe en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material; d) No sea nacional de una Parte en conflicto, ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto; e) No sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y f) No haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no sea parte en conflicto]. Un comentario doctrinario sobre la regulación convencional puede consultarse en ABRISKETA, op. cit., pp. 6-8.

políticas, por dos iniciativas paralelas, la primera en el seno del Grupo de Trabajo sobre la Utilización de Mercenarios como Medio para Violar los Derechos Humanos y de Obstaculizar el Ejercicio del Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación (en adelante, GTUM) y la segunda promovida por el CICR y la Confederación Suiza<sup>1169</sup>.

Por la amplitud y diversidad de la materia, no es posible analizar en este lugar los aspectos más controvertidos de este fenómeno, con lo cual las explicaciones serán estrictamente restringidas a su relación con el objeto de estudio de este trabajo. Uno de los principales problemas de las empresas privadas de seguridad es su capacidad para cometer violaciones a los derechos humanos. Según algunos informes del GTUM, la desaparición forzada y el secuestro son algunas de las varias ilicitudes que han sido cometidas por estas empresas.

Pues bien, para imputar estos ilícitos al Estado es indispensable analizar el vínculo que lo conecta con este tipo de empresas. Aunque no existe uniformidad sobre la regulación interna del procedimiento al que debe ceñirse un Estado para recurrir a los

---

<sup>1169</sup> El GTUM fue establecido en julio de 2005 conforme a la res. 2005/2, de la CDH sobre la *Utilización de los Mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la autodeterminación*, 7 de abril de 2005, sucediendo al Relator Especial sobre la Utilización de Mercenarios, vigente desde 1987 hasta 2005. Para el estado actual de la discusión sobre el proyecto de tratado, vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, sobre su segundo período de sesiones*. A/HRC/22/41 (24 de diciembre de 2012).

Para la consulta del documento de Montreux promovido por el CICR y la confederación suiza, vid. *The Montreux Document*. On Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict. CICR-Federal Department of Foreign Affairs-Swiss Confederation, Montreux, 17 de septiembre de 2008. Vid. *Participating States of the Montreux Document* [En línea]. Disponible en <<http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html>>. [Consulta: 9 de mayo de 2014].

Para un comentario doctrinario sobre las principales diferencias entre el documento de Montreux y el Proyecto del GTUM, vid. WHITE, Nigel D. “The Privatization of Military and Security Functions and Human Rights: Comments on the UN Working Group’s Draft Convention”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, Issue 1, March 2011, pp. 133-151.

Sobre la regulación de las compañías privadas militares y de seguridad en el Derecho interno, cfr. ABRISKETA, op. cit., pp. 9-10, dando algunas pinceladas sobre la manera en que algunos ordenamientos jurídicos nacionales han enfrentado el problema; SINGER, “Outsourcing War”, cit., pp. 126-132; el mismo, “The Regulation of New Warfare”, cit., s. p., dando algunas pautas para elaborar un régimen normativo interno que sea capaz de llenar los vacíos de responsabilidad de estas empresas.

Por encargo del GTUM, la Sociedad de Derecho Internacional de Wisconsin ha elaborado un proyecto modelo para la regulación interna de este tipo de empresa. Para la consulta del mismo y un comentario anexo, vid. GÓMEZ DEL PRADO, José L./MAFFAI, Margaret. “United Nations Working Group on the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Rights of People to Self Determination & the Wisconsin International Law Society: Model Law for the Regulation of Private Military and Security Companies”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 26, Issue 4, 2009, pp. 1078-1094.

servicios de estas empresas, éstas suelen actuar sobre la base de un respaldo normativo que asume generalmente la forma de un contrato. La relación contractual podría considerarse suficiente para satisfacer el requisito antes enunciado relativo a la delegación de una facultad por parte del Estado a una entidad.

En cuanto al eventual carácter público de la función, segundo requisito del criterio en análisis, cabe señalar que las compañías privadas militares y de seguridad ejercen muchas funciones, de modo que no siempre será fácil determinar si se trata del ejercicio de un poder público. Sin embargo, si una empresa de este tipo se ha visto inmiscuida en la práctica de la desaparición forzada es plausible inferir que le ha sido delegada el uso de la fuerza, función típicamente estatal, más aun en un contexto de conflicto armado.

Si ambos requisitos se entienden cumplidos y la compañía comete desapariciones, entonces, estos hechos pueden ser imputados al Estado. De todas formas, debe recalarse que la identificación del criterio de atribución más adecuado dependerá de las circunstancias de hecho, porque el Estado recurre a los servicios de estas empresas de muy diversas maneras. Así, por ejemplo, puede que las incorpore a sus fuerzas armadas, activando la aplicación del principio de unidad del Estado o que les instruya la comisión de ciertas actividades específicas, haciendo aplicable la regla de las instrucciones o que simplemente ejerza un control fáctico sobre la misma, dando lugar a la operatividad de la regla de control<sup>1170</sup>.

Un contexto en que se ha denunciado la comisión de desapariciones forzadas a manos de mercenarios es el de la violencia post-electoral acontecida en Costa de Marfil. En las elecciones presidenciales de 2010, Alessane Dramane Outtara derrotó al entonces presidente en el cargo, Laurent Gbagbo. Sin embargo, muchos de los votos fueron objetados y se generó una situación de tensión entre las facciones de ambos candidatos que se desembocó en un conflicto. En ese contexto, ambas facciones recurrieron a la contratación de mercenarios liberianos. Según las denuncias, las fuerzas partidarias de Gbagbo, conformadas por mercenarios y muchos otros grupos armados no estatales y agencias estatales, cometió desapariciones forzadas en perjuicio de personas partidarias

---

<sup>1170</sup> Sobre la regla del control, vid. infra, § 2.1 del presente Capítulo. Algunos autores han reflexionado sobre la posibilidad de aplicar las reglas del PRIEHII al fenómeno de las compañías privadas militares y de seguridad, concluyendo que la identificación del criterio de atribución dependerá de las circunstancias concretas de cada supuesto. Cfr. BOSCH, op. cit., pp. 371-381; HOPPE, op. cit., pp. 424-445.



de Outtara. Así lo confirman informes de ONGs y Naciones Unidas, sin perjuicio de la existencia de los casos que están siendo substanciados ante la CPI<sup>1171</sup>.

También en el contexto afgano –el segundo país en el mundo con la mayor presencia de compañías privadas militares y de seguridad– se ha denunciado numerosas violaciones cometidas por mercenarios, entre otras, secuestros y desapariciones<sup>1172</sup>.

Por lo tanto, si bien en la práctica sobre desapariciones forzadas no existen precedentes que apliquen el criterio del comportamiento de una entidad que ejerce atribuciones del poder público, nada obsta a su eventual aplicación a nuevos fenómenos –como el de las compañías privadas militares y de seguridad– que, cumpliendo los requisitos de aplicación de esta regla, están comenzando a relacionarse con la desaparición.

---

<sup>1171</sup> CPI. Oficina del Fiscal. *Request for Authorization of an Investigation pursuant to Article 15*. ICC-02/11, 23 de junio de 2011, párrs. 3, 70, 104-106, 110 y 139, sobre la contratación y organización de los mercenarios; párrs. 2, 58, 39, 110, 111, 113, 117(d), 124-128 y 140, sobre las denuncias de desapariciones forzadas; CPI. Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante SCP) III. *Decision Pursuant Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*. ICC-02/11, 3 de octubre de 2011, párr. 82; AG. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*. A/66/317 (22 de agosto de 2011), párrs. 7, 8 y 65; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Côte d'Ivoire*, A/HRC/17/49 (14 de junio de 2011), párrs. 11, 22 y 35; el mismo, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Côte d'Ivoire*. A/HRC/16/79 (25 de febrero de 2011), párrs. 2, 10 y 34 sobre desapariciones y párrs. 13, 19 y 32 sobre el papel de los mercenarios; HRW. *Côte d'Ivoire: Pro-Gbagbo Forces Abducting Opponents*. [En línea]. *Human Rights Watch*, 24 de diciembre de 2010. Disponible en <<http://www.hrw.org/news/2010/12/23/c-te-d-ivoire-pro-gbagbo-forces-abducting-opponents>>. [Consulta: 9 de mayo de 2014], s. p.; la misma, *Côte d'Ivoire: Violence Campaign by Security Forces, Militias*. [En línea]. *Human Rights Watch*, 27 de enero de 2011. Disponible en <<http://www.hrw.org/es/news/2011/01/26/c-te-d-ivoire-violence-campaign-security-forces-militias>>. [Consulta: 9 de mayo de 2014], s. p.; AI. *'They looked at his identity card and shot him dead'*. Six months of post-electoral violence in Côte d'Ivoire. AFR 31/002/2011. London: AI, 2011, p. 19 sobre las desapariciones forzadas y pp. 10, 12 y 34-35 sobre la participación de mercenarios.

<sup>1172</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*. Adición. Misión al Afganistán. A/HRC/15/25/Add.2 (14 de junio de 2010), párr. 59.

## 2. LA IMPUTABILIDAD DE HECHOS DE AGENTES NO ESTATALES BASADA EN LAS REGLAS DEL CONTROL, DIRECCIÓN E INSTRUCCIONES

En la imputación de los hechos ilícitos de agentes no estatales, las reglas sobre el control, dirección e instrucciones han desempeñado un papel fundamental, sin perjuicio de haber sido fuente de polémica. Estos criterios han sido consagrados en el artículo 8 del PRIEHII, en cuya virtud “[s]e considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado al observar ese comportamiento”.

La hipótesis a que se refiere la norma es la de un sujeto que, sin pertenecer a la estructura orgánica estatal, ni detentar otro tipo de vinculación *de iure* con el Estado, viene utilizado por éste para la ejecución de un comportamiento ilícito. En los Comentarios del PRIEHII se menciona como ejemplos de a las “*personas o grupo de personas que, sin haber sido nombradas expresamente por el Estado ni formar parte de sus fuerzas de policía ni de sus fuerzas armadas, son empleados como auxiliares o enviados como «voluntarios» a países vecinos, o que realizan determinadas misiones en el extranjero por instrucciones del Estado*”<sup>1173</sup>.

Ante la ausencia de una vinculación formal entre el sujeto actor y el Estado, el fundamento último de esta regla de atribución estriba en el principio de efectividad del Derecho internacional, de modo que el elemento determinante para su aplicación será la existencia de un vínculo de hecho entre ambas entidades<sup>1174</sup>. Lo que pretende la regla es evitar que los Estados se involucren en la comisión de hechos internacionalmente ilícitos eludiendo la responsabilidad internacional mediante la utilización de sujetos jurídicamente desvinculados de su estructura.

El tratamiento de estas reglas será subdividido en dos partes. En primer lugar, se explicará el estado de la discusión en el Derecho internacional y luego se tratará su eventual aplicación a casos de desapariciones forzadas.

---

<sup>1173</sup> PRIEHII, cit., art. 8, comentario n° 2, especificando que la naturaleza del comportamiento no debe ser necesariamente pública.

<sup>1174</sup> Íd., art. 8, comentarios n° 1 y 3.

## **2.1. Las reglas de imputabilidad de actos realizados bajo el control, la dirección e instrucciones del Estado**

A pesar de una aparente claridad literal del artículo 8, que se refiere disyuntivamente a las instrucciones, dirección o control<sup>1175</sup>, se discute sobre el número de supuestos contemplados en esta norma y sobre el contenido conceptual de cada uno de ellos. Estas dificultades interpretativas surgen por varias razones. Por un lado, ni el articulado del Proyecto, ni sus Comentarios contienen definiciones de estas nociones. Por otro lado, la jurisprudencia y la práctica internacional previa y posterior al Proyecto son ambivalentes en lo que se refiere a la delimitación semántica y sustantiva de estos estándares de atribución.

Para efectos sistemáticos, se diferenciarán dos supuestos generales: el control y las instrucciones<sup>1176</sup>. Siguiendo ese esquema, se aludirá al debate sobre el contenido de cada criterio, recurriéndose al comentario de la jurisprudencia más relevante y las opiniones de la doctrina. Dada la falta de claridad del PRIEHII sobre la regulación de estas cuestiones, también se destinará una sección al análisis del debate que se ha suscitado sobre la interpretación más adecuada de las disposiciones del Proyecto que regulan los estándares de control e instrucciones.

### **2.1.1. La existencia del control estatal como regla de imputabilidad de actos de agentes no estatales**

La regla de imputabilidad sobre el control tiene por finalidad determinar si un comportamiento llevado a cabo por sujetos particulares puede ser atribuido a un Estado en base al control ejercido por éste sobre esos sujetos<sup>1177</sup>. Sin embargo, el problema de este criterio estriba en delimitar en qué consiste, en demarcar su ámbito de aplicación y en identificar sus requisitos de procedencia. La práctica internacional sobre estas cuestiones no es uniforme. Para fines sistemáticos se realizará un ejercicio comparativo

---

<sup>1175</sup> Íd., art. 8, comentario n° 8.

<sup>1176</sup> Entre los autores que en el marco del art. 8 del PRIEHII identifican esos dos estándares, cfr. DE HOOGH, op. cit., pp. 277-278; GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, cit., p. 95; GUTIÉRREZ ESPADA/CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la encrucijada*, 3ª ed., cit., p. 513.

<sup>1177</sup> PRIEHII, cit., art. 8, comentario n° 3.

entre la jurisprudencia de la CIJ y el TPIY sobre el t3pico. Estos dos tribunales internacionales han defendido posiciones antag3nicas sobre el contenido del est3ndar de control, de modo que sus posiciones merecen un an3lisis comparado. Acto seguido, se repasar3 brevemente c3mo ha sido aplicado el est3ndar de control en la pr3ctica de otros tribunales y 3rganos internacionales.

#### **2.1.1.1. Las posiciones antag3nicas de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional sobre la Ex-Yugoslavia sobre la regla de atribuci3n del control: control efectivo vs. control de conjunto**

La CIJ y el TPIY se han adentrado en una suerte de disputa institucional sobre la determinaci3n del contenido del est3ndar de control como regla de atribuci3n. Las posiciones defendidas por cada uno de estos tribunales son diametralmente antag3nicas. Mientras la CIJ ha defendido la aplicaci3n del est3ndar del control efectivo (“*effective control*”), el TPIY ha abogado por el est3ndar del control global o de conjunto (“*overall control*”). Para la comprensi3n de este debate es indispensable acudir a los precedentes jurisprudenciales en que se ha planteado la cuesti3n. Por tanto, a continuaci3n se analizar3 la sentencia de la CIJ sobre el caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* que aplic3 el est3ndar del control efectivo. En segundo lugar, se har3 remisi3n al caso *Tadi3* del TPIY, que aplic3 el est3ndar del control global. En tercer lugar, se explicar3 c3mo la CIJ ha reconfirmado la aplicaci3n del control efectivo en las sentencias sobre las *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* y sobre la *Aplicaci3n de la Convenci3n para la prevenci3n y la sanci3n del delito de genocidio*.

#### **2.1.1.1.1. La sentencia en el asunto de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* de la Corte Internacional de Justicia y el estándar del control efectivo**

La sentencia sobre las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* es una de las más importantes y controvertidas de la CIJ<sup>1178</sup>. Este apartado, se dedicará exclusivamente al análisis de las consideraciones de la sentencia relacionadas con la atribución, especialmente, la aplicación del estándar del control efectivo.

Antes de tratar las disquisiciones jurídicas y técnicas sobre este punto, es pertinente una brevísima descripción de los hechos que motivaron el pleito. Tras la caída del gobierno de Anastasio Somoza, ocurrida en julio de 1979, se instaló en Nicaragua una junta de gobierno cuyos integrantes habían sido elegidos por el Frente Sandinista de Liberación Nacional, un grupo de oposición armada que impulsó el derrocamiento del anterior gobierno. Si bien en un primer momento Estados Unidos tenía una buena consideración de junta militar, en 1981 hubo un cambio de actitud que se tradujo en una campaña de apoyo, pública e institucionalmente reconocida, a favor de las organizaciones paramilitares opositoras que estaban activas en el territorio nicaragüense. Estas agrupaciones paramilitares se identificaron con el nombre genérico de *Contras*, denominación utilizada en ese entonces por la Agencia Central de Inteligencia (*Central Intelligence Agency*, en adelante, CIA)<sup>1179</sup>.

Es necesario no confundir a los *Contras* con los *Unilaterally Controlled Latino Assets* (en adelante, UCLAs), grupo paramilitar conformado por latinoamericanos de nacionalidad no identificada, directamente contratados por Estados Unidos para la

---

<sup>1178</sup> Una de las características distintivas de esta sentencia estriba en haber abordado una gran variedad de temas de Derechos internacional que no habían sido objeto de un pronunciamiento por parte de la Corte, por ejemplo, cuestiones vinculadas con la prohibición del uso de la fuerza, el principio de no intervención en los asuntos internos de un Estado, las reservas sobre la competencia de la Corte e incluso importantes asuntos de carácter procesal. Para comprender la importancia de esta sentencia, vid. HOSS, Cristina/VILLALPANDO, Santiago/SIVAKUMARAN, Sandesh. “*Nicaragua: 25 Years Later*”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25(1), marzo 2012, pp. 131-133. A pesar de haber transcurrido casi tres décadas desde su pronunciamiento, el fallo sigue suscitando el interés de la doctrina. De hecho, con ocasión del 25° aniversario de la sentencia, una sección del vol. 25 de la revista holandesa *Leiden Journal of International Law* se ha dedicado al estudio de sus principales aspectos.

<sup>1179</sup> CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., párrs. 18-20. Las principales agrupaciones paramilitares que integraban los *Contra* eran la Fuerza Democrática Nicaragüense, que operaba a lo largo de la frontera con Honduras y la Alianza Revolucionaria Democrática, que realizaba sus actividades en la frontera con Costa Rica.

ejecución de “operaciones de cobertura” (*cover operations*), como la colocación de minas en los puertos nicaragüenses y la comisión de sabotajes y otros ataques contra instalaciones petrolíferas. La diferencia principal entre los *Contras* y los UCLAs, en lo referido al análisis jurídico, estriba en el grado de dependencia que los vinculaba al aparato estatal estadounidense. En principio, los UCLAs actuaban bajo las instrucciones, la supervisión y el soporte logístico de la CIA, que incluso se preocupaba de la remuneración de sus integrantes. El vínculo de dependencia con el Estado era muy estrecho y fue ésta la razón en que se basó la CIJ para concluir que los actos de los UCLAs eran imputables a Estados Unidos<sup>1180</sup>. Se trató más de un supuesto de instrucciones que de un supuesto de control, como se verá más adelante<sup>1181</sup>.

En cambio, la dependencia de los *Contras* no era tan evidente, de modo que la CIJ debió determinar si sus actuaciones eran atribuibles al Estado demandado. Cabe aclarar que Estados Unidos no intervino en la creación de estos grupos, aunque colaboró en el considerable incremento de sus integrantes<sup>1182</sup>. Esta agrupación paramilitar llevaba a efecto actividades de guerrilla con el fin de generar una situación de inestabilidad político-social, que en la práctica causó graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario, entre otras, homicidios, secuestros y malos tratos en perjuicio de la población.

En el razonamiento sobre la imputabilidad de las actuaciones de los *Contras*, la CIJ empleó dos estándares. De acuerdo con el primero de ellos, el estándar de la “completa dependencia”, la Corte valoró si los *Contras* podían considerarse una entidad fácticamente asimilable a un órgano estatal. Precisamente, “*lo que la Corte tiene que determinar en este punto es si la relación de los Contras con el Gobierno de los Estados Unidos fue de tanta dependencia [...] que podría ser justo equipararlos, para propósitos jurídicos, con un órgano del Gobierno de los Estados Unidos*”<sup>1183</sup>. En opinión de la CIJ, este criterio debía descartarse, porque “*a pesar de la ayuda intensa y del soporte de otro tipo proporcionados por Estados Unidos, no existe una evidencia*

---

<sup>1180</sup> Íd., párrs. 21, 75, 80 y 86. Para el detalle de los incidentes provocados por esta agrupación, vid. íd., párrs. 76-86.

<sup>1181</sup> Vid. infra, § 2.1.2.2 de este Capítulo.

<sup>1182</sup> En diciembre de 1981, época en la que Estados Unidos comenzó a colaborar con los *Contras*, éstos estaban integrados por unos 500 hombres, llegando a alcanzar unos 12.000 integrantes en noviembre de 1983. Íd., párrs. 92-93 y 108.

<sup>1183</sup> Íd., párr. 109: “*What the Court has to determine at this point is whether or not the relationship of the contras to the United States Government was so much one of dependence [...] that it would be right to equate the contras, for legal purposes, with an organ of the United States Government*”.

clara de que haya ejercido realmente ese grado de control en todos los campos como para justificar que los Contras actuaban en su nombre”<sup>1184</sup>. En efecto, “la evidencia disponible para la Corte indica que las diversas formas de asistencia proporcionada a los Contras por los Estados Unidos han sido cruciales para el ejercicio de sus actividades, pero es insuficiente para demostrar su completa dependencia de la ayuda de Estados Unidos. [...] A fortiori es imposible concluir que, para efectos jurídicos, los Contras puedan ser equiparados con las fuerzas armadas de Estados Unidos”<sup>1185</sup>. Insiste la sentencia sobre el punto, afirmando que “[e]n opinión de la Corte está establecido que los Contras, al menos por un periodo, han sido tan dependientes de Estados Unidos que no podrían haber conducido la mayoría de sus más cruciales o significativas actividades militares y paramilitares sin su apoyo multifacético [...]. No obstante, la prueba directa suficiente de que toda o la gran mayoría de las actividades de los Contras realizadas durante aquel período recibieron ese apoyo, no ha sido, y en verdad no podría haber sido, promovida en ese sentido”<sup>1186</sup>.

Descartado este primer estándar, la Corte aplicó un segundo criterio, según el cual sólo son atribuibles al Estado las actuaciones de los sujetos sobre quienes ejerce un control efectivo. Para la satisfacción de este criterio, era necesario que el Estado hubiere ordenado de manera específica las actuaciones a realizar. Dicho con otras palabras, la imputabilidad no podía fundarse en un control general del Estado sobre el agente, sino sobre un control de las actuaciones que el Estado hubiere instruido de manera específica, con lo cual todos los comportamientos cometidos fuera de la órbita de esas órdenes no eran susceptibles de atribución, porque cometidos en el marco de la autonomía de la organización.

---

<sup>1184</sup> *Ibíd.*: “despite the heavy subsidies and other support provided to them by the United States, there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the contras as acting on its behalf”.

<sup>1185</sup> *Íd.*, párr. 110: “the evidence available to the Court indicates that the various forms of assistance provided to the contras by the United States have been crucial to the pursuit of their activities, but is insufficient to demonstrate their complete dependence on United States aid [...] It is a fortiori unable to determine that the contra force may be equated for legal purposes with the forces of the United States”.

<sup>1186</sup> *Íd.*, párr. 112: “In the view of the Court it is established that the contra force has, at least at one period, been so dependent on the United States that it could not conduct its crucial or most significant military and paramilitary activities without the multi-faceted support of the United States. [...] Nevertheless, adequate direct proof that all or the great majority of contra activities during that period received this support has not been, and indeed probably could not be, advanced in every respect”.

En el caso de marras, la CIJ logró acreditar fehacientemente que los *Contras* habían sido financiados, equipados y entrenados por Estados Unidos y que éste dirigió sus estrategias militares, identificó sus objetivos y proporcionó soporte logístico<sup>1187</sup>. Sin embargo, la CIJ consideró que los *Contras* detentaban un grado de independencia, de modo que no eran imputables las actuaciones realizadas en el marco de esa autonomía sin previa instrucción específica de Estados Unidos<sup>1188</sup>.

En resumen, la importancia de este precedente estriba en haber diferenciado con claridad dos estándares de control: la completa dependencia y el control efectivo. Ambos operan de un modo subsidiario, de tal manera que la valoración del segundo sólo tiene lugar una vez que se descarte la procedencia del primero. Además de defender el criterio del control efectivo, la CIJ fue muy exigente a la hora de dibujar sus requisitos de aplicación y de valorar si era aplicable a los hechos de caso. De ese modo, elaboró un estándar cuya carga probatoria es elevada, haciendo muy difícil su aplicación a un caso práctico. Sin embargo, la sentencia no fue suficientemente profunda en el análisis de las diferencias existentes entre la completa dependencia y el control efectivo, con lo cual no es fácil trazar una demarcación conceptual entre ambos criterios. Éstas y otras críticas, motivaron al TPIY para aplicar un estándar más flexible, como se analizará de inmediato.

#### **2.1.1.1.2. La sentencia *Tadić* del Tribunal penal internacional para la Ex-Yugoslavia y el estándar del control global**

---

<sup>1187</sup> Íd., párrs.95-100, indicando que el financiamiento de los *Contras* corrió a cargo del presupuesto del Gobierno de Estados Unidos a lo largo de casi cinco años, desde noviembre de 1981 hasta septiembre de 1986, aunque desde septiembre de 1984 fue disfrazado con el rótulo de “asistencia humanitaria”. El entrenamiento fue proporcionado por militares de nacionalidad argentina, pero remunerados por la CIA y eventualmente reemplazados por miembros de este último órgano (íd., párr. 101). El soporte logístico y de inteligencia consistió en la entrega de información sobre las maniobras de las tropas gubernamentales, recabada a través de interceptaciones radiales y telefónicas, el desciframiento de códigos y la vigilancia satelital (íd., párrs. 101 y 106). Para el detalle de la dirección táctica y estratégica vid. íd., párrs. 102-106.

<sup>1188</sup> Íd., párrs. 115-116. Cfr. REICHLER, Paul S. “The Impact of the *Nicaragua* Case on Matters of Evidence and Fact-Finding”, *Leiden Journal of International Law*, 25, 2012, p. 152, abogado que formó parte del equipo jurídico del Estado de Nicaragua y que, pese a criticar el carácter restrictivo del control efectivo y creer en la posibilidad de que en los hechos Estados Unidos pudo haber detentado un control operacional sobre todas las operaciones de los *Contras*, reconoce que la prueba rendida en el proceso fue insuficiente para acreditar esta cuestión.



La sentencia *Tadić*, pronunciada por la Sala de Apelaciones del TPIY, es un verdadero *leading case*, por haber sido pionera en la resolución de una amplia gama de temas relacionados con el Derecho penal internacional, el Derecho internacional público y el Derecho internacional humanitario. Siguiendo el mismo criterio del anterior apartado, la atención se centrará en las aportaciones de la sentencia sobre el estándar del control para los efectos de la atribución.

Duško Tadić fue una autoridad política serbiobosnia a quien se le imputaron una serie de violaciones graves a los Convenios de Ginebra tipificadas en el artículo 2 del Estatuto del TPIY, debido a las atrocidades cometidas en la región de Prijedor. Uno de los requisitos para la configuración de esos delitos estriba en la existencia de un conflicto armado internacional<sup>1189</sup>.

Por lo tanto, lo primero que debió hacer el TPIY fue valorar si el conflicto bélico que se desencadenó entre Bosnia y Herzegovina y las fuerzas militares de la autoproclamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina, luego denominada República Srpska, alcanzaba los extremos de un conflicto armado internacional<sup>1190</sup>. En términos generales, en los conflictos armados internacionales sólo participan Estados Partes de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, la República Srpska había proclamado recientemente su independencia en el contexto de la desintegración de Yugoslavia, con lo cual no era Estado Parte de tales Convenios. Sin embargo, una de las modalidades del conflicto armado internacional es aquella en que las fuerzas regulares de un Estado Parte se enfrentan con fuerzas militares no necesariamente regulares, pero controladas por otro Estado Parte<sup>1191</sup>. Trasladando esta regla a los hechos del caso, el TPIY debía resolver si el enfrentamiento entre el ejército Bosnia y Herzegovina y las

---

<sup>1189</sup> TPIY, AC, *Tadić*, cit., párr. 80(i). Sobre el punto vid. FERNÁNDEZ LIESA, Carlos. “El Tribunal para la Antigua Yugoslavia y el Desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelación de 2 de octubre de 1995 en el asunto Tadic-competencia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, n° 2, 1996, pp. 32-ss.

<sup>1190</sup> TPIY, AC, *Tadić*, cit., párr. 81.

<sup>1191</sup> Íd., párr. 84. Otra de las modalidades del conflicto armado internacional consiste en la intervención de un tercer Estado en un conflicto armado no internacional, denominándose intervención directa, en contraposición a la intervención indirecta, a la que se refiere el cuerpo de este trabajo y que también suele denominarse internacionalización de un conflicto no internacional en origen. Una tercera modalidad, a su vez, consiste en la ocupación del territorio de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado, con independencia de que la ocupación encuentre resistencia armada. En doctrina cfr. OLÁSULO, Héctor. “Ámbito de aplicación del Derecho penal como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución”, en SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/DEMETRIO, Eduardo (eds.). *Legislación Antiterrorista y Estado de Derecho*. Madrid: Colex-Universidad de Castilla la Mancha, 2009, pp. 616-617.

milicias de la mencionada República Srpska era subsumible a esta modalidad y para hacerlo era esencial determinar si dichas milicias estaban sujetas al control de la República Federal de Yugoslavia<sup>1192</sup>.

Para una mejor comprensión de la situación, debe aclararse que la resolución 752 de 1992 del CS, imponía el retiro inmediato de todas las fuerzas militares externas que estuvieran presentes en territorio de Bosnia y Herzegovina, con independencia de que fueran regulares o irregulares<sup>1193</sup>. Una de esas fuerzas militares era el Ejército Popular Yugoslavo (en adelante, JNA), perteneciente a la República Federal de Yugoslavia. En una resolución posterior, la 757 de 1992, el CS aplicaba una serie de sanciones a este Estado fundadas en el incumplimiento de la anterior resolución, dado que unidades del JNA no habían sido retiradas del mencionado territorio<sup>1194</sup>.

Para burlar las sanciones, la República Federal de Yugoslavia realizó una reestructuración de su ejército, cambiando su denominación y dividiéndolo en el Ejército de la República Federal de Yugoslavia (en adelante, VJ) y el Ejército de la República Srpska (en adelante, VRS). Sin embargo y como se analizará más adelante, esta reestructuración fue sólo formal, ya que el VRS siguió dependiendo de Belgrado. De esa forma, la República Federal de Yugoslavia implementó una estrategia para evitar las sanciones impuestas por el CS y, al mismo tiempo, mantener una presencia militar en el territorio la República Srpska<sup>1195</sup>.

Pues bien, en primer término, el Tribunal *ad hoc* acudió a las normas del Derecho internacional humanitario con el fin de identificar a qué categoría jurídica podía ser subsumido el VRS<sup>1196</sup>. El artículo 4 del CGIII determina el tipo de combatientes que pueden considerarse prisioneros de guerra y a quienes se les aplica el status de protección específico correspondiente a estas personas protegidas. Por ende, de

---

<sup>1192</sup> TPIY, AC, *Tadić*, cit., párr. 81. En contra de este planteamiento, MERON. “Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout”, *The American Journal of International Law*, vol. 92, n° 2, Abril 1998, pp. 237-239 y 240-241, para quien la metodología empleada en este caso para la imputación de las violaciones graves al Derecho internacional humanitario no es correcta, dado que la aplicación de esas violaciones podría haberse justificado acudiendo al Derecho internacional humanitario consuetudinario, específicamente, a las leyes y costumbres de guerra. Estas normas, en efecto, permiten la aplicación de esa categoría de violaciones tanto en contextos de conflictos armados internacionales como de conflictos armados no internacionales.

<sup>1193</sup> CS, res. 752 (1992), 15 de mayo de 1992.

<sup>1194</sup> CS, res. 757 (1992), 30 de mayo de 1992.

<sup>1195</sup> Cfr. TPIY, AC, *Tadić*, cit., párrs. 236 y 238; el mismo, TC, *Tadić a/k/a ‘Dule’*, opinion and judgment, IT-94-1-T, 7 de mayo de 1997, párrs. 113-121.

<sup>1196</sup> TPIY, AC, *Tadić*, cit., párr. 90.

un modo implícito, también está señalando quiénes pueden ser considerados combatientes regulares<sup>1197</sup>.

El número (1) de la letra (A) de dicha norma se refiere a “*los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas*”. Este numeral no suscita problemas interpretativos, porque se refiere a las fuerzas armadas regulares de un Estado en términos amplios<sup>1198</sup>.

En cambio, el número (2) de la letra (A) de esta norma se remite a los “*miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados*” cumplan una serie de requisitos exigidos por el precepto. A diferencia del anterior, este numeral ha suscitado muchas dudas, porque no explica el significado de la expresión “*perteneciente a una de las Partes en conflicto*”. Los Comentarios de la CGIII tampoco clarifican la cuestión, limitándose a señalar brevemente que el elemento determinante es la relación *de facto* que debe mediar entre el Estado y las milicias o voluntarios<sup>1199</sup>.

El TPIY interpretó que esta relación *de facto* está basada en el control que el Estado ejerce sobre las milicias irregulares. Sin embargo, quedaba por resolver qué grado de control debía ejercer Estado para concluir que las milicias actuaban *de facto* a su nombre<sup>1200</sup>. El Derecho internacional humanitario no confiere ninguna solución sobre esta cuestión, de modo que el TPIY concluyó que el problema podía ser resuelto mediante la aplicación de los estándares de control que dimanaban de la teoría de la responsabilidad internacional del Estado<sup>1201</sup>.

---

<sup>1197</sup> Íd., párrs. 92-93.

<sup>1198</sup> CICR. *Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 1949, and its Commentary*. [En línea], *International Committee of the Red Cross*. Disponible en <<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=77CB9983BE01D004C12563CD002D6B3E&action=openDocument>>. [Consulta: 21 de julio de 2014], art. 4, part I: General Provisions, pp. 51-52.

<sup>1199</sup> Íd., p. 57.

<sup>1200</sup> TPIY, AC, *Tadić*, cit., párrs. 94-97.

<sup>1201</sup> Íd., párrs. 98 y 105. En la n. 117 de la sentencia, el TPIY explica que algunas normas del Derecho internacional humanitario establecen el principio general que responsabiliza los Estados por cualquier acto cometido por sus fuerzas armadas, principio objeto de referencia en el § 2.1 del presente

Una alternativa hubiera sido utilizar el estándar del control efectivo aplicado por la CIJ en el caso sobre las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TPIY, revirtiendo en este punto lo resuelto en primera instancia, declaró explícitamente que esa sentencia de la CIJ había empleado errónea e inadecuadamente el estándar del control efectivo, criterio que no podía aplicarse al caso de marras. En opinión del Tribunal *ad hoc*, la lógica de la sentencia sobre las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* no se condice con el sistema de responsabilidad internacional del Estado, porque las reglas de atribución de un comportamiento no se rigen por un único y rígido criterio, sino por una diversidad de reglas cuya aplicación dependerá del supuesto de hecho<sup>1202</sup>.

Simplificando la sistematización elaborada en la sentencia *Tadić*, es posible diferenciar dos supuestos. Un primer supuesto se refiere a grupos organizados y estructurados jerárquicamente (*organised and hierarchically structured group*). En cambio, un segundo supuesto se refiere a sujetos que no cumplen con esas características. Ahora bien, el control efectivo sólo debe ser aplicado a este segundo supuesto, mientras que a los grupos con un alto nivel de organización debe aplicarse el estándar del control global o de conjunto (*overall control*)<sup>1203</sup>. El VRS era un ejército y,

---

Capítulo. Sin embargo, a juicio del TPIY, este principio no sirve para determinar el grado de control que los Estados deben detentar sobre los individuos que no forman parte de sus fuerzas armadas regulares.

Para el TPIY, AC, *Tadić*, cit., párrs. 104, la esencia del estándar de control estriba en identificar las “*conditions on which under international law an individual may be held to act as a de facto organ of a State*” [condiciones del Derecho internacional en base a las que puede considerarse que un individuo actúa como órgano de facto de un Estado]. Por lo tanto, puede ser utilizado tanto en materia de responsabilidad estatal, como en el campo de la responsabilidad penal individual. Respecto de la primera, se emplea para imputar un hecho, mientras que respecto de la segunda, se utiliza para valorar el carácter internacional de un conflicto armado (vid. *id.*, párrs. 103-105). Sin embargo, MERON. “Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia...”, cit., pp. 236-237 y 239-242 y MILANOVIĆ, Marko. “State Responsibility for Genocide”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, n° 3, 2006, p. 585, han criticado vehementemente esta conclusión, porque en su opinión la única función del test de control es la de servir como regla de imputabilidad, no pudiendo ser empleado para la valoración de la internacionalidad del conflicto, instituto que se rige estrictamente por las normas del Derecho internacional humanitario. Por el contrario, CASSESE, Antonio. “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *The European Journal of International Law*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 655-656, no vislumbra problema alguno para recurrir al control para valorar el conflicto, agregando que para determinar si la República Federal de Yugoslavia había intervenido en las hostilidades internacionalizándolas, debía valorarse si había ejercido un control sobre la República Srpska y el VRS, asunto que el Derecho de los conflictos armados no regula explícitamente.

<sup>1202</sup> TPIY, AC, *Tadić*, cit., párrs. 116-117, 137, 149 y 153. Para la aplicación del control efectivo en la sentencia de primera instancia, vid. TPIY, *Tadić a/k/a 'Dule'*, cit., párrs. 584-606. Sin embargo, vid. *id.*, Separate and Dissenting Opinion of Judge McDONALD Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute, pp. 288-292, contrariando la mayoría en lo que se refiere a la prueba del control efectivo.

<sup>1203</sup> TPIY, AC, *Tadić*, cit., párrs. 116-123 y 137. Para las críticas a esta distinción, vid. PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, op. cit., pp. 153-154, para quien no

por tanto, cumplía con los caracteres de organización y jerarquía, de modo que para la atribución de sus comportamientos a la República Federal de Yugoslavia bastaba con aplicar el test de control global<sup>1204</sup>.

Para tener una mayor certeza en la aplicación de este criterio, es preciso identificar con claridad los rasgos que debe tener una entidad para ser considerada un grupo organizado y jerárquicamente estructurado. Según el TPIY, tales rasgos son un alto nivel de organización, una cadena de mando con autoridades jerárquicas, una reglamentación interna y el uso de signos externos de autoridad<sup>1205</sup>.

Ahora bien, para demostrar la existencia de un control global del Estado sobre un grupo es necesario que el Estado esté “*coordinando o ayudando en la planificación general de sus actividades militares*”<sup>1206</sup>. No siempre será fácil identificar qué actos implican una coordinación o ayuda, con lo cual la valoración de esta cuestión deberá hacerse caso a caso. BARTOLINI, tras analizar una serie de precedentes jurisprudenciales sobre la materia, ha intentado sistematizar los actos que satisfacen estas exigencias del control global; a saber: el soporte técnico y logístico; el entrenamiento militar; la aquiescencia respecto del desarrollo de ciertas operaciones realizadas por el grupo; la similitud entre las finalidades del Estado y las del grupo<sup>1207</sup>. Pero, este mismo autor advierte que el ámbito de aplicación del control global no debe extralimitarse, con lo cual su aplicación procede siempre y cuando se pruebe una relación fáctica entre el Estado y la organización que demuestre una conexión lo suficientemente cercana como para concluir que el primero coordinaba y ayudaba a la planificación general de las actividades del segundo<sup>1208</sup>.

La principal consecuencia del control global para los efectos de la atribución, consiste en la imputabilidad al Estado de todas las actuaciones cometidas por la organización, con lo cual la diferencia con el efecto del control efectivo es evidente, ya

---

tiene sustento suficiente en la práctica, ni se basa en una razón lógica, ya que los estándares de control pueden ser aplicados indistintamente a individuos o grupos.

<sup>1204</sup> TPIY, AC, *Tadić*, cit., párr. 156.

<sup>1205</sup> *Id.*, párr. 120.

<sup>1206</sup> *Id.*, párr. 131: “*coordinating or helping in the general planning of its military activity*”.

<sup>1207</sup> BARTOLINI, Giulio. “Il concetto di «controllo» sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello stato”, en SPINEDI, Marina/GIANELLI, Alessandra/ALAIMO, Maria Luisa (coords.). *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*. Problemi e spunti di riflessione. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 41-42.

<sup>1208</sup> BARTOLINI, “Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi”, *La Comunità internazionale*, vol. 56, n° 3, 2001, p. 466.

que éste sólo autoriza la imputación de los comportamientos específicamente instruidos<sup>1209</sup>.

En la sentencia *Tadić*, el TPIY concluyó que el VRS estaba sujeto al control global de la República Federal Yugoslava e identificó detalladamente los hechos que justificaron esta conclusión. Como se ha adelantado, la República Federal Yugoslava intentó evitar las sanciones del CS procediendo a reestructurar su ejército, pero procurando mantener una presencia militar en territorio bosnio. Sin embargo, la reestructuración fue meramente formal, ya que el VRS continuó dependiendo de Belgrado. Su organización y cadena de mando era muy similar a la del JNA. Muchos efectivos y oficiales serbio-bosnios que pertenecían al JNA fueron transferidos al VRS, manteniendo los mismos cargos y rangos. Además, se acreditó que la República Federal Yugoslava proporcionaba equipamiento militar y armas al VRS y se preocupada de su financiamiento y del pago de los salarios y pensiones de sus integrantes. Asimismo, el VRS participó en muchos operativos conjuntos con el VJ, porque compartían los mismos objetivos militares y una misma finalidad, esto es, la creación de una “Gran Nación Serbia”. Finalmente, cabe recordar que en los Acuerdos de Dayton, una sola delegación presidida por Slobodan Milošević representó conjuntamente a la República Federal de Yugoslavia y la República Srpska<sup>1210</sup>.

En resumen, la sentencia *Tadić* es de capital importancia, porque en ella el TPIY se distanció diametralmente de la posición de la CIJ en materia de control. En *Tadić* el Tribunal *ad hoc* elaboró un criterio mucho más flexible, con un ámbito de aplicación más amplio, aunque más imperfecto en la delimitación de las fronteras conceptuales. En el fondo, el TPIY intentó construir un estándar más cercano a la realidad de aquellos Estados que intentan disfrazar su responsabilidad recurriendo a agentes no estatales. El estándar de control global ha sido aplicado en la jurisprudencia posterior del TPIY,

---

<sup>1209</sup> TPIY, AC, *Tadić*, cit., párrs. 121-122 y 156. En contra, PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., pp. 168-169, para quien, pese a comprobar la procedencia del control global, es necesario un análisis posterior para diferenciar entre actos imputables y actos no imputables.

<sup>1210</sup> Cfr. TPIY, AC, *Tadić*, cit., párrs. 141-162; el mismo, TC, *Tadić a/k/a 'Dule'*, cit., párrs. 113-121, 589-601 y Separate and Dissenting Opinion of Judge McDONALD Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute, pp. 288-292. Los Acuerdos de Dayton pueden consultarse en *The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*, Dayton, 21 de noviembre de 1995, suscritos por la República de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federal de Yugoslavia. En doctrina, vid. DE HOOGH, op. cit., quien a p. 275 manifiesta su conformidad con las conclusiones de la Sala de Apelaciones y a pp. 259, 276 y 285-286 se refiere detalladamente a los Acuerdos de Dayton y a su importancia para valorar la aplicación del estándar de control.

especialmente, en casos en que era necesario valorar la relación entre un Estado y una unidad militar irregular de carácter no estatal<sup>1211</sup>. Sin embargo, la CIJ se ha mostrado reacia a cambiar su posición sobre el control, tal como se demuestra en las dos sentencias que se reseñarán a continuación.

### **2.1.1.1.3 La sentencia sobre la *Actividades Armadas en el Territorio del Congo*: una primera confirmación del estándar de control efectivo por parte de la Corte Internacional de Justicia**

La segunda oportunidad en que la CIJ tuvo que pronunciarse sobre la aplicación del estándar de control fue a propósito de la sentencia sobre las *Actividades Armadas en el Territorio del Congo*<sup>1212</sup>. Este fallo resolvió un pleito vinculado con la compleja

---

<sup>1211</sup> En los casos que se indican a continuación, la Sala de Apelaciones del TPIY utilizó el test de control global para demostrar el control detentado por Croacia sobre la entidad territorial de la Comunidad Croata de Herzeg-Bosnia (HZHB) y sobre su ejército, el denominado Consejo Croata de Defensa (HVO): *Aleksovski*, judgment, IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000, párrs. 125 y 129-145; *Blaškić*, judgment, IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párrs. 167-182; *Kordić and Čerkez*, judgment, IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004, párrs. 299-313 y 318, siendo de especial relevancia la argumentación tendiente a demostrar la coherencia del test con el principio de legalidad, en los párrs. 299-305 y 309-313. En *Čelebići camp*, judgment, IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párrs. 12-30 y 34-51, la Sala de Apelaciones del TPIY adoptó el mismo razonamiento, aunque esta vez se trataba de crímenes cometidos por fuerzas bosnio musulmanas y bosnio-croatas contra prisioneros serbios en el campo de concentración que llevaba el mismo nombre de la resolución.

Según un estudio de GAETA, Paola “War Crimes Trials before Italian Criminal Courts: New Trends”, en FISCHER, Horst/ KRESS, Claus/LÜDER, Sascha Rolf (eds.). *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*. Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag (BWV), 2004, pp. 757-758, en una serie de sentencias dictadas por tribunales italianos en que se debía valorar si eran imputables al Estado algunos ilícitos cometidos por grupos de resistencia durante la ocupación nazi, se aplicó el estándar de control global siguiéndose un enfoque similar al de la sentencia *Tadić*, aunque con argumentos menos sofisticados.

<sup>1212</sup> CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit. Para una descripción de los aspectos más importantes de la sentencia, cfr. GATHII, James Thuo. “Armed Activities on the Territory of the Congo: Democratic Republic of the Congo v. Uganda. International Court of Justice, December 19, 2005”, *American Journal of International Law*, vol. 101, Issue 1, 2007, pp. 142-149; GUTIÉRREZ ESPADA/CERVELL HORTAL, “La prohibición del uso de la fuerza en la sentencia de la CIJ de 19 de diciembre de 2005 (asunto sobre las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 58, n° 1, 2006, pp. 239-256; MATHIA, Stephen. “The 2005 Judicial Activity of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, vol. 100, Issue 3, July 2006, pp. 637-644; MCGUINNESS, Margaret E. “Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo: The ICJ Finds Uganda Acted Unlawfully and Orders Reparations”, *American Society of International Law*, ASIL Insights, 9 de enero de 2006. Disponible en <<http://www.asil.org/insights/volume/10/issue/1/case-concerning-armed-activities-territory-congo-icj-finds-uganda-acted>>. [Consulta: 21 de julio de 2014]; OKOWA, Phoebe N. “Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, Issue 3, July 2006, pp. 742-753; UERPMANN-WITZACK, Robert. “Armed Activities on the Territory of the Congo Cases” [En línea], *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Rüdiger Wolfrum (ed.), 2011. Disponible en <<http://opil.ouplaw.com/home/epil>>. [Consulta: 21 de junio de 2014].

situación que se generó en la región africana de los Grandes Lagos y que involucró a varios Estados de la zona –sobretudo, República Democrática del Congo, Uganda y Ruanda– y a muchas organizaciones armadas no estatales.

La Corte debía resolver si el Estado ugandés había mantenido una relación orgánica o había ejercido alguna clase de control sobre el grupo armado rebelde denominado Movimiento de Liberación del Congo, que operaba en el norte de la República Democrática del Congo<sup>1213</sup>. La República Democrática del Congo alegaba que Uganda había propiciado la creación de este grupo y ejercía un control sobre el mismo<sup>1214</sup>. El Estado ugandés, por su parte, esgrimía que no había intervenido en la creación de la organización, sino que sólo le había proporcionado equipamiento y entrenamiento militar para el cumplimiento de fines de legítima defensa<sup>1215</sup>.

Aplicando los mismos estándares de la sentencia sobre las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, esto es, la completa dependencia y el control efectivo, la CIJ concluyó que las actuaciones del Movimiento de Liberación del Congo no podían atribuirse a Uganda, porque ese grupo no podía asimilarse a un órgano estatal y porque no se comprobó que el Estado demandado ejercía un control efectivo sobre el mismo<sup>1216</sup>. En opinión de la Corte, las acciones de entrenamiento y apoyo militar reconocidas explícitamente por el Estado ugandés, sólo configuraban una violación al principio de no intervención establecido en la *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* de 1970<sup>1217</sup>.

La CIJ no realizó un análisis exhaustivo sobre la plausibilidad de estos estándares de atribución, pese a que ya había sido dictada la sentencia *Tadić* por la Sala de Apelación del TPIY. Sin embargo, en la sentencia que será analizada a continuación, la CIJ dedica parte importante de sus consideraciones a la defensa de estos criterios.

---

<sup>1213</sup> En cuanto a las actividades de otro grupo armado, la Alianza de Fuerzas Democráticas para la Liberación del Congo, la sentencia aclara que no podían ser atribuidas a la República Democrática del Congo, porque en el proceso no se había acreditado ninguna conexión entre ambas. Vid. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., párr. 146.

<sup>1214</sup> Íd., párrs. 32 y 155.

<sup>1215</sup> Íd., párrs. 41 y 157.

<sup>1216</sup> Íd., párr. 160.

<sup>1217</sup> Íd., párrs 161-ss. Vid. *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, aprobada por la AG en su res. 2625 (XXV), 24 de octubre de 1970, especialmente, n° 1 párrs. 9, 10 y 23.



#### 2.1.1.1.4 La sentencia sobre la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen del Genocidio* y la confirmación definitiva del estándar de control efectivo por parte de la Corte Internacional de Justicia

La sentencia sobre la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen del Genocidio*, vinculada con el conflicto armado que enfrentó a Bosnia y Herzegovina contra Serbia en el contexto de la disolución de Ex-Yugoslavia, debía resolver si las autoridades del Estado demandado habían cometido un genocidio en perjuicio de la comunidad bosnio-musulmana.

La Corte rechazó la configuración de las diversas modalidades del genocidio previstas en el artículo II de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* en relación a una gran cantidad de hechos<sup>1218</sup>. Para el objeto de este

---

<sup>1218</sup> *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, cit., art. II: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Respecto de algunas de estas modalidades, la sentencia consideró que, pese a la concurrencia de los elementos materiales, no pudo acreditarse la presencia del elemento subjetivo del delito, esto es, el *dolus specialis* que consiste en la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico racial o religioso. Esta conclusión se alcanzó a propósito de las siguientes modalidades: a) *Matanza de miembros del grupo* (vid. CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., párrs. 276-277, en relación a los asesinatos cometidos en áreas específicas del territorio bosnio y en los campos de concentración, hechos detalladamente descritos en los párrs. 245-275); b) *Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo* (íd., párr. 319, en cuanto a los delitos sexuales y a las torturas y malos tratos cometidos sobre todo en los campos de concentración a los que se remiten los párrs. 298-318); c) *Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial* (íd., párr. 354, en relación con las deplorables condiciones de vida a las que fueron sometidos las personas detenidas en los campos de concentración, detalladas en los párrs. 320-353). Para una crítica a estas conclusiones, cfr. ABASS, Ademola. “Proving State Responsibility for Genocide: the ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur”, *Fordham International Law Journal*, vol. 31, Issue 4, 2008, pp. 896-903, especialmente, en relación al manejo de la prueba por parte de la CIJ; REICHLER, op. cit., p. 155, también crítico sobre el tratamiento de las cuestiones probatorias.

Respecto de un segundo grupo de modalidades de comisión, la Corte consideró que no se había acreditado siquiera la satisfacción de los elementos materiales. Esta valoración se formuló a propósito de las siguientes modalidades: d) *Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo* (íd., párr. 361, considerándose que los delitos sexuales a los que se hace referencia en los párrs. 354-360 no podían subsumirse en esta modalidad); e) *Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo* (íd., párr. 367, ya que no pudo acreditarse la existencia de la conducta, como se argumenta en los párrs. 361-366). En general, sobre las modalidades de comisión del genocidio, vid. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, cit., pp. 206-223.

apartado sólo se analizará el razonamiento de la sentencia relativo a la masacre de Srebrenica, acto que implicó la matanza de unos 7.000 hombres bosnios-musulmanes a mano del VRS, bajo el mando del general Ratko Mladić y un grupo paramilitar conocido como “Los Escorpiones”, cometido en una zona territorial declarada segura por la ONU y que en la época de los hechos se encontraba bajo la protección de la Dutchbat, un contingente compuesto por unos 400 cascos azules holandeses<sup>1219</sup>.

Tal como ya ha sido explicado a propósito del caso *Tadić*, la CIJ reconfirmó que la República Srpska y su ejército recibieron un apoyo sustancial por parte de la República Federal Yugoslava a lo largo del conflicto. En la sentencia sobre *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen del Genocidio* se acreditó que la reestructuración del ejército de la República Federal Yugoslava había sido meramente formal y que los militares de etnia bosnio-serbia fueron transferidos al VRS<sup>1220</sup>. También se probó que el VRS se apropió de todo el equipamiento militar dejado por la JNA tras su retirada y recibió de Belgrado armas y equipamiento durante el conflicto<sup>1221</sup>. Finalmente, el financiamiento del VRS corría a cargo de la República Federal Yugoslavia, porque la economía y el presupuesto de la República Srpska no tenían fuentes autónomas de financiamiento<sup>1222</sup>.

Éste era el panorama de los hechos que la CIJ debía analizar para valorar si esas vinculaciones eran lo suficientemente fuertes como para concluir que el genocidio podía ser atribuido al Estado serbio. Para tales efectos, la CIJ, siguiendo un esquema muy similar al de la sentencia sobre las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, dividió el análisis de la atribución sobre la base de tres criterios. En primer lugar, valoró si el VRS configuraba un órgano *de iure* de la República Federal Yugoslava. En segundo lugar, se preguntó si ese ejército podía considerarse un sujeto bajo la completa dependencia del Estado demandado. Finalmente, analizó si la atribución podía ser fundamentada sobre la base de la satisfacción de los requisitos del test de control efectivo.

---

<sup>1219</sup> La masacre fue encuadrada en las modalidades del art. II(a) y (b) de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, cit. Para el detalle de los hechos, vid, CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., párrs. 278-297.

<sup>1220</sup> CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., párr. 238.

<sup>1221</sup> *Íd.*, párr. 239.

<sup>1222</sup> *Íd.*, párr. 240.

En cuanto al criterio de los órganos *de iure*, la CIJ descartó de plano su procedencia, porque ni el VRS, ni la República Srpska formaban parte de la República Federal de Yugoslavia y porque no se demostró que el ejército de éste último Estado participare en el genocidio de Srebrenica<sup>1223</sup>. Asimismo, los paramilitares de “Los Escorpiones” tampoco formaban parte de la estructura orgánica del Estado demandado<sup>1224</sup>.

Habiendo desechado este criterio, la CIJ pasó a analizar si se satisfacían las exigencias del estándar de la “*completa dependencia*”. Para tal efecto, valoró si “*es posible atribuir a un Estado la conducta de personas –o grupos de personas– que sin tener el status de órganos del Estado, de hecho actúan bajo el control estricto de un Estado, siendo tratados como sus órganos*”<sup>1225</sup>. Dicho con otras palabras, el criterio tiene por objeto determinar si una persona o grupo de personas que no posee una vinculación formal con un Estado, está ligada al mismo por una relación de hecho lo suficientemente estrecha como para justificar la atribución de sus actuaciones<sup>1226</sup>. En opinión de la Corte, este criterio tampoco era procedente, porque la República Srpska mantenía un margen de independencia y autonomía. La Corte profundizó el punto, argumentando que “*a pesar del muy importante apoyo otorgado por el demandado a la República Srpska, sin el cual no podría haber «conducido sus actividades militares y paramilitares cruciales o más significativas» [...], ello no implica una dependencia total de la República Srpska respecto del demandado*”<sup>1227</sup>. En cuanto a “Los

---

<sup>1223</sup> Íd., párrs. 386-388. El Estado demandante alegaba que el general Mladić seguía perteneciendo a la administración militar de la República Federal de Yugoslavia y que seguía recibiendo su remuneración desde Belgrado. Sin embargo, la Corte estimó que no se acreditaron fehacientemente estos hechos y que la eventual recepción de la remuneración por parte de este Estado no era un hecho suficiente para concluir que el general formaba parte de un órgano estatal.

<sup>1224</sup> Íd., párr. 389.

<sup>1225</sup> Íd., párr. 391: “*whether it is possible in principle to attribute to a State conduct of persons – or groups of persons – who, while they do not have the legal status of State organs, in fact act under such strict control by the State that they must be treated as its organs*”.

<sup>1226</sup> Íd., párrs. 392-393.

<sup>1227</sup> Íd., párr. 394: “*Notwithstanding the very important support given by the Respondent to the Republika Srpska, without which it could not have “conduct[ed] its crucial or most significant military and paramilitary activities” [...], did this signify a total dependence of the Republika Srpska upon the Respondent*”. Para un comentario doctrinal sobre este punto, vid. SPINEDI, Marina. “L’attribuzione allo Stato dei comportamenti di gruppi da esso sostenuti nella sentenza della Corte internazionale di giustizia sul genocidio in Bosnia-Erzegovina”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XC, fasc. 2, 2007, p. 420.

Escorpiones”, la conclusión era mucho más obvia, dado que esta organización paramilitar no dependía del VJ, sino que del VRS<sup>1228</sup>.

Finalmente, para analizar la aplicabilidad del control efectivo, la CIJ se preocupó de intentar demarcar una frontera clara entre este criterio y los anteriores, aclarando que la concurrencia de los requisitos del control efectivo “*de ningún modo podría implicar que los perpetradores fueran caracterizados como órganos de la República Federal Yugoslava o equiparados con tales órganos. Sólo podría significar que la responsabilidad internacional de la República Federal Yugoslava podría configurarse debido a la conducta de sus órganos que otorgaron las instrucciones o ejercieron el control*”<sup>1229</sup>. Otra diferencia, según la CIJ, estriba en que el control efectivo requiere el análisis individual de la atribución de cada actuación y no un análisis general sobre el conjunto de las acciones<sup>1230</sup>.

La primera de estas dos diferencias ha recibido mucha crítica. En opinión de SPINEDI, la Corte entiende que el comportamiento del particular es autónomo y no atribuible al Estado, aun en el evento de haber mediado un control efectivo sobre su actividad<sup>1231</sup>. Asimismo, GRIEBEL y PLÜCKEN han argumentado que la CIJ se ha apartado del significado del artículo 8, evitando considerar el control como una verdadera regla de atribución, porque mediante el razonamiento de la sentencia el control efectivo no permitiría imputar el hecho ilícito cometido por el agente no estatal, sino el comportamiento de dirección del órgano estatal que impartió las órdenes. Si se tiene en cuenta que el test del control tiene por objeto sancionar a los Estados que camuflan su actuación ilícita recurriendo a sujetos extraños a su estructura orgánica formal, la CIJ está entregando un mensaje políticamente deficitario, intentando desvincular al Estado de la responsabilidad que le cabe en hechos cuya comisión ordenó específicamente<sup>1232</sup>.

---

<sup>1228</sup> CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., párr. 395.

<sup>1229</sup> Íd., párr. 397: “*would in no way imply that the perpetrators should be characterized as organs of the FRY, or equated with such organs. It would merely mean that the FRY’s international responsibility would be incurred owing to the conduct of those of its own organs which gave the instructions or exercised the control*”.

<sup>1230</sup> Íd., párr. 400.

<sup>1231</sup> SPINEDI, op. cit., p. 421.

<sup>1232</sup> GRIEBEL, Jörn/PLÜCKEN, Milan. “New Developments regarding the Rules of Attributions? The International Court of Justice’s Decision in *Bosnia v. Serbia*”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, pp. 606-611. En contra, vid. MILANOVIĆ, “State Responsibility for Acts of Non-state

Ahora bien, la CIJ reconfirmó expresamente su fidelidad al control efectivo remitiéndose a la sentencia sobre las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*<sup>1233</sup>. Además, criticó abiertamente al TPIY por la aplicación del control global y por concluir que la existencia de un conflicto armado internacional y la atribución al Estado de los comportamientos de una organización pueden ser valoradas con un mismo criterio<sup>1234</sup>. La Corte agregó que el control global conduce a resultados que desbordan el ámbito de aplicación de las reglas de atribución, ampliando sobremanera la responsabilidad internacional del Estado, dado que éste sólo puede ser responsabilizado por la actuación de sus órganos o de las entidades asimilables a sus órganos<sup>1235</sup>. En opinión de la Corte, ni siquiera la naturaleza del genocidio, que desde un punto de vista fáctico puede estar integrado por un conjunto de actuaciones eventualmente cometidas en distintos lugares y en diferentes momentos, puede justificar la aplicación del control global, porque la naturaleza del hecho ilícito no alterara la operatividad de las reglas de atribución, a menos que una *lex specialis* lo autorice<sup>1236</sup>.

Sin embargo, en sus respectivas opiniones disidentes, el vicepresidente AL-KHASAWNEH y el juez *ad hoc* MAHIU manifestaron su desacuerdo con la los jueces de la Corte y defendieron la aplicación del control global, basándose en la fuerte interrelación existente entre las autoridades políticas y militares de República Federal de Yugoslavia y la República Srpska<sup>1237</sup>.

Explicados los parámetros técnicos y conceptuales del control efectivo, la Corte analizó si la prueba rendida en el proceso era suficiente para satisfacer sus requisitos de aplicación, concluyendo en sentido negativo esta cuestión. Uno de los elementos más significativos para descartar la atribución fue la diferencia entre los objetivos de la República Federal Yugoslava y el VRS, esgrimida como argumento para demostrar el

---

Actors: A Comment on Griebel and Plücken”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, 2009, pp. 310-311, quien aludiendo al lenguaje utilizado en la sentencia, argumenta que la CIJ no deja de referirse al art. 8 del PRIEHHI como una regla de atribución.

<sup>1233</sup> CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., párr. 399.

<sup>1234</sup> Íd., párrs. 402-403.

<sup>1235</sup> Íd., párr. 406. Cfr. PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., pp. 113-114; SPINEDI, op. cit., p. 422, criticando este argumento.

<sup>1236</sup> CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., párr. 401. Manifiesta su acuerdo con esta apreciación, PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., p. 154.

<sup>1237</sup> CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., Dissenting Opinion of Vice-President AL-KHASAWNEH, párrs. 36-39 y Dissenting Opinion of Judge *Ad Hoc* MAHIU, párrs. 101-117.

margen de independencia de este último, conclusión que no fue adecuadamente explicada en la sentencia y que es abiertamente contradictoria con la jurisprudencia del TPIY<sup>1238</sup>.

En la sentencia sobre las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* la CIJ había sido bastante enfática en señalar que los *Contras* no habían sido creados por Estados Unidos, utilizando este antecedente como un importante argumento para descartar la procedencia de los criterios de atribución. No puede sino generar extrañeza el hecho de que en la sentencia sobre la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen del Genocidio* la Corte no haya hecho ninguna referencia al antecedente de la creación del grupo, extrañeza que se convierte en suspicacia si se recuerda que el VRS había sido creado por la República Federal de Yugoslavia<sup>1239</sup>.

En definitiva, la sentencia sobre la *Aplicación de la Convención sobre la prevención y el castigo del crimen del genocidio* representa una confirmación contundente de la posición de la CIJ sobre el estándar de control. La contradicción de posturas entre la CIJ y el TPIY se tornó evidente con el pronunciamiento de esta sentencia, porque resolvió un caso acontecido en el contexto de la disolución de Yugoslavia, esto es, el mismo contexto del que se ocupa el tribunal *ad hoc*.

La única conclusión objetiva extraíble de esta disputa es que en la práctica internacional no se ha consolidado una tesis clara sobre la entidad del control para los efectos de la atribución. Por lo demás, esta afirmación no pierde un ápice de validez si se revisa la práctica anterior y posterior a las sentencias de la CIJ y del TPIY, cuestión a la que se dedicará el siguiente punto.

---

<sup>1238</sup> CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., párrs. 408-415. Crítico, PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, op. cit., p. 113.

<sup>1239</sup> Para la profundización de esta crítica, vid. PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., pp. 107, 109 y 113.

### **2.1.1.2. La aplicación del estándar de control en el resto de la práctica internacional**

La CIJ y el TPIY no son las únicas entidades que han aplicado los estándares de control. En efecto, en el ámbito del Derecho internacional general y del Derecho internacional de los derechos humanos, el problema de valorar la atribución al Estado de hechos ilícitos de agentes no estatales ha sido enfrentado en otras sedes. En este apartado se hará una breve referencia a un conjunto de precedentes que también han aplicado estándares de control, a fin de tener una visión panorámica sobre la operatividad de este estándar en la práctica internacional. Se hará referencia a los primeros antecedentes que aplicaron el control, a la jurisprudencia del TEDH sobre las violaciones cometidas en territorios extranjeros controlados por un Estado, a las violaciones cometidas en el centro de detención libanés de Al-Khiam y a la situación de la violencia post-electoral de Timor Oriental.

#### **2.1.1.2.1. El origen de la aplicación del control en la jurisprudencia arbitral: el caso Zafiro, el caso Stephens y los laudos del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos**

Uno de los precedentes de mayor antigüedad que suele citarse para ilustrar la aplicación de la regla del control es el caso *Zafiro*, resuelto por un tribunal arbitral instituido entre el Reino Unido y Estados Unidos. El caso se refiere a un episodio de la guerra hispano-británica de 1898, específicamente, un saqueo en perjuicio de un buque británico cometido por la tripulación de la nave norteamericana *Zafiro*. Ésta era una embarcación privada con una tripulación de nacionalidad china, pero dependiente de la marina estadounidense, en cuanto ésta utilizaba la nave para reabastecer embarcaciones militares. El control ejercido por Estados Unidos sobre la nave permitió justificar la atribución del saqueo a ese Estado<sup>1240</sup>.

---

<sup>1240</sup> *D. Earnshaw and Others (Great Britain) vs. United States (Zafiro case)*, 30 de noviembre de 1925, en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, pp. 160-165. Sostiene una opinión diferente, PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., pp. 120 y 182, para quien la atribución no se fundó en el control, sino en el carácter público de las funciones desempeñadas por la nave, específicamente, la tarea de reabastecimiento de la marina militar estadounidense.

Otro precedente que suele citarse es el caso *Stephens*, al que ya se ha hecho referencia<sup>1241</sup>. El laudo concluyó que las milicias estaban “actuando para” (*acting for*) el Estado mexicano, expresión interpretada por algunos como manifestación de control global<sup>1242</sup>.

También debe hacerse alusión a un conjunto de casos sobre las ilicitudes cometidas durante el contexto revolucionario en Irán, a raíz de la toma del poder por parte del Ayatollah Khomeini en febrero de 1979. La mayoría de tales ilicitudes se refieren a actos cometidos contra ciudadanos estadounidenses a mano de las “Guardias Revolucionarias” o “Komitehs revolucionarios” iraníes, un grupo que oficialmente no formaba parte del organigrama estatal, pero que desempeñaba funciones de policía y aduana. Estas entidades fueron oficialmente integradas al aparato estatal tras el transcurso de algunos meses desde el inicio de la revolución. Por ende, los casos que más interesan para los efectos del control son los que acontecieron antes de la integración del grupo al Estado, porque en ese período no existía una relación formal entre ambos<sup>1243</sup>.

En el caso *Yeager vs. República Islámica de Irán*, sobre al arresto y expulsión de ciudadanos norteamericanos, el TRIE consideró que estos grupos actuaban como fuerzas de seguridad a nivel local<sup>1244</sup>. En la sentencia se hace alusión a las conexiones existentes entre los Komitehs y el gobierno, sobre cuya base se concluyó que aquellos estaban actuando a nombre del Estado<sup>1245</sup>.

Se trata de un precedente muy importante para el estudio de la jurisprudencia de este Tribunal, ya que ha sido citado en otros casos para atribuir al Estado iraní las

---

<sup>1241</sup> Vid. § 2.1 del Capítulo VI.

<sup>1242</sup> CGRME, *Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) vs. United Mexican States*, cit., párrs. 4 y 7. A favor de esta interpretación, MORENO FERNÁNDEZ, Abel G., “La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 12, 2006, p. 17. En contra, una vez más, PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., pp. 118-119 y 153 n. 4, para quien el criterio empleado se fundó en una asimilación de hecho entre el grupo y el Estado, dado que el párr. 6 de la sentencia se remite al carácter público de las funciones.

<sup>1243</sup> Para un análisis detallado de la jurisprudencia del TRIE en relación a la aplicación de las reglas de atribución, vid. TOWNSEND, op. cit., pp. 648-ss.

<sup>1244</sup> TRIE, *Yeager vs. The Islamic Republic of Iran*, cit., párrs. 23, 39 y 61.

<sup>1245</sup> *Íd.*, párrs. 38-45 y 61. A favor de esta interpretación, MORENO FERNÁNDEZ, op. cit., p. 25. En contra, cfr. DE HOOGH, op. cit., pp. 270-271; MILANOVIĆ, “State Responsibility for Genocide”, cit., p. 586; PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., pp. 167 n.29 y 182, para quienes el elemento determinante en sostén de la atribución fue la naturaleza pública de las funciones desempeñadas por el grupo.



ilicitudes de los Komitehs. Así ocurrió, por ejemplo, con el caso *Leonard and Mavis Daley vs. República Islámica de Irán*, sobre la expropiación de un coche perteneciente a un ciudadano norteamericano por parte de las Guardias Revolucionarias. En este caso el Tribunal presupuso que el comportamiento de los Guardias era aplicable al Estado<sup>1246</sup>.

#### **2.1.1.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las violaciones cometidas en territorios extranjeros controlados por un Estado**

Puede ser interesante repasar algunos casos del TEDH que suelen ser esgrimidos a favor del control global, aunque estrictamente se refieren a casos en que el Estado detentaba un control sobre una porción de territorio extranjero y no sobre una organización. En estos precedentes se atribuye al Estado que controla un territorio extranjero los ilícitos allí cometidos. El elemento determinante para fundamentar la atribución es el control territorial y no el control sobre una organización.

Uno de estos casos es *Loizidou vs. Turquía*, resuelto por la Gran Sala. El contexto de los hechos coincide con la invasión de turca de la parte septentrional de Chipre en 1974 y la posterior proclamación de independencia de la República Turca del Norte de Chipre en 1983. La Constitución de esa República contenía una disposición que autorizaba la expropiación de los inmuebles abandonados por sus propietarios. Loizidou era una de las personas afectadas, ya que el ejército turco le impidió ejercer sus derechos sobre sus inmuebles. Para los efectos de la atribución, el TEDH argumentó que “[n]o es necesario determinar si Turquía realmente ejerce un control detallado sobre las políticas y las acciones de las autoridades de la República Turca del Norte de Chipre. Por la presencia de un significativo número de tropas empeñadas en servicio activo en el norte de Chipre [...], es obvio que su ejército ejerce un control efectivo global sobre esa porción del territorio de la isla. De conformidad con el test aplicable y

---

<sup>1246</sup> TRIE, *Leonard and Mavis Daley vs. The Islamic Republic of Iran*, case nº 10.514, 20 de abril de 1988, *Iran-United States Claims Reports*, vol. 18, 1989, párrs. 19-20. La sentencia sólo se dedicó a constatar que los hechos hubieran sido cometidos por los Guardias Revolucionarias, bastándole como prueba que éstos se identificaran como tales, que vistieran uniformes militares y que el hecho se hubiere ejecutado en las inmediaciones de un hotel controlado por tales sujetos.

a las circunstancias del caso, ese control conlleva su responsabilidad por las políticas y acciones de la República Turca del Norte de Chipre”<sup>1247</sup>.

Otro caso similar resuelto por la Gran Sala es *Ilaşcu y otros vs. Moldavia y Rusia*. En el conflicto armado moldavo de 1991 el ejército de la Unión Soviética se asentó en el territorio moldavo de Transnistria, luchando y apoyando al movimiento separatista de la región. En general las autoridades rusas colaboraron con el establecimiento de un régimen separatista en ese territorio. El caso en comento se refiere a la detención y posterior condena de Ilie Ilaşcu y otras tres personas. Ilaşcu era el líder local del Frente Popular de Moldavia, una entidad política favorable a la unificación entre Moldavia y Rumania. Las víctimas fueron detenidas, aparentemente, a mano de una unidad del ejército de la Unión Soviética y fueron puestas a disposición de las autoridades judiciales de Transnistria, siendo acusadas de conducir actividades antisoviéticas y condenadas a penas privativas de libertad y a la confiscación de bienes, salvo Ilaşcu quien fue condenado a muerte. El TEDH consideró que “*la República Moldava Pridnestroviiana, instalada en 1991-92 con el apoyo de la Federación Rusa, investida con órganos de poder y una propia administración, permanece bajo la efectiva autoridad o, al menos, bajo la influencia decisiva de la Federación Rusa y sea como fuere perdura en virtud del apoyo militar, económico, financiero y político otorgado por la Federación Rusa*”<sup>1248</sup>. Esa situación permitió concluir al Tribunal que “*existe un continuo e ininterrumpido vínculo de responsabilidad por parte de la Federación Rusa en relación al destino del demandante*”<sup>1249</sup>.

Otro caso importante emparentado con los anteriores es *Chipre vs. Turquía*. Sin embargo, como se trata de un caso de desapariciones forzadas, será abordado más

---

<sup>1247</sup> TEDH, *Loizidou vs. Turquía*, cit., párr. 56: “*It is not necessary to determine whether, as the applicant and the Government of Cyprus have suggested, Turkey actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities of the «TRNC». It is obvious from the large number of troops engaged in active duties in northern Cyprus [...] that her army exercises effective overall control over that part of the island. Such control, according to the relevant test and in the circumstances of the case, entails her responsibility for the policies and actions of the «TRNC»*”.

<sup>1248</sup> TEDH, *Ilaşcu and others vs. Moldova and Russia*, cit., párr. 392: “*«MRT», set up in 1991-92 with the support of the Russian Federation, vested with organs of power and its own administration, remains under the effective authority, or at the very least under the decisive influence, of the Russian Federation, and in any event that it survives by virtue of the military, economic, financial and political support given to it by the Russian Federation*”.

<sup>1249</sup> *Id.*, párr 393: “*there is a continuous and uninterrupted link of responsibility on the part of the Russian Federation for the applicants' fate*”.

adelante, cuando se analizará la aplicación del criterio del control en materia de desapariciones forzadas<sup>1250</sup>.

A modo de reflexión conclusiva, debe señalarse que existen opiniones discordantes sobre la naturaleza jurídica del estándar de control empleado por el TEDH en esta jurisprudencia. La terminología empleada por este órgano es bastante confusa, porque se refiere al “control efectivo global”, expresión que siembra dudas sobre la identificación del estándar de atribución aplicado. Según una primera interpretación, el Tribunal Europeo ha aplicado el control global. Sin embargo, una segunda interpretación sugiere que la cuestión central de esta jurisprudencia no está relacionada con los estándares de control como reglas de atribución, sino con el ámbito de aplicación territorial del CEDH. Con independencia de esta discusión lo cierto es que el TEDH considera suficiente para la aplicación del Convenio, que un Estado detente un control sobre una zona situada fuera de su territorio nacional o sobre las autoridades de ese lugar<sup>1251</sup>.

### **2.1.1.2.3. La atribución de las violaciones cometidas en el centro de detención libanés Al-Khiam según el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria**

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas ha utilizado el test de control en un informe que atribuyó a Israel la violación de algunas garantías básicas en perjuicio de los detenidos del centro de Al-Khiam, administrado por el Ejército Meridional del Líbano (en adelante, EML). En el informe se aclara que la atribución de estas violaciones a Israel se fundamentaba en el control ejercido por las Fuerzas de Defensa de Israel (en adelante, FDI) sobre el EML, autor material de las ilicitudes. En efecto, el centro de detención se encontraba en un territorio unilateralmente calificado por Israel como “zona de seguridad”; Israel apoyaba

---

<sup>1250</sup> *Infra*, § 2.2.2.

<sup>1251</sup> Cfr. DE HOOGH, *op. cit.*, 271-274; JIMÉNEZ GARCÍA, “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 63, n° 2, 2011, pp. 30-31; PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, *cit.*, p. 167. Por otro lado, HAKIMI, *op. cit.*, pp. 353, 365-366 y 377-378, critica la ambigüedad de esta jurisprudencia en lo que dice relación a la identificación del estándar de responsabilidad y sugiere la posibilidad de que el TEDH haya considerado infringida una obligación de protección frente a violaciones de derechos cometidas por terceros.

económicamente al EML, especialmente, en relación a la adquisición y mantenimiento de armamento; la FDI prestaba asistencia logística mediante la construcción de carreteras de circunvalación, entrenaba a miembros del ELM, especialmente, en relación a la navegación y, finalmente, ambas entidades militares mantenían una estrecha relación de colaboración que se reflejaba en las actividades conjuntas desarrolladas en la mencionada zona de seguridad, en la planificación de la puesta en libertad de los detenidos y en el manejo de la información obtenida<sup>1252</sup>. Todos estos criterios son propios de un estándar de control global.

#### **2.1.1.2.4. El contexto de violencia post-electoral en Timor oriental: el informe de la misión conjunta de Naciones Unidas y la jurisprudencia del Panel Especial para Crímenes Graves de la Corte del Distrito de Dili**

Uno de los ámbitos en que más ha prosperado la implantación del estándar de control es el del paramilitarismo. Se trata del supuesto tipo, porque tales grupos cumplen con los requisitos estructurales y jerárquicos exigidos por el control global. Pese a detentar márgenes de autonomía, se trata de unidades militares que funcionan como punta de lanza de un Estado que no pretende involucrar a sus agentes en la comisión de hechos ilícitos, pero que mantiene el control sobre las operaciones de la organización, le presta apoyo financiero y logístico y selecciona sus objetivos.

El análisis de la jurisprudencia sobre el estándar de control y paramilitarismo será abordado más adelante, mediante el análisis de casos sobre desapariciones<sup>1253</sup>. Sin embargo, en este lugar destinado a un análisis más general hará referencia al contexto de violencia de Timor Oriental que evolucionó tras las elecciones de 1999, en las que el electorado manifestó su pretensión independentista rechazando con una amplia mayoría la propuesta de autonomía planteada por el Gobierno. En este contexto, el ejército de Indonesia se valió de una pluralidad de organizaciones irregulares para perseguir a los sectores de la población favorables a la opción independentista.

---

<sup>1252</sup> CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención*. Informe del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria. E/CN.4/2000/4 (28 de diciembre de 1999), párrs. 11-18. Para los detalles fácticos y jurídicos de las violaciones, vid. CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención*. Opiniones emitidas por el grupo de trabajo sobre la detención arbitraria. E/CN.4/1999/63/Add.1 (9 de noviembre de 1998), opinión 9/1998 (Israel), pp. 32 y ss.

<sup>1253</sup> *Infra*, § 2.2.1.

La correlación existente en términos de control entre el Estado indonesio y tales organizaciones ha sido explicada detalladamente en un informe de una misión conjunta de Naciones Unidas. Los parámetros empleados en ese informe son propios del estándar de control global, a saber: la participación del ejército indonesio en la organización, planificación, cooperación y asistencia de las milicias; la programación estratégica conjunta de las actividades; la participación conjunta en algunas operaciones militares; el reclutamiento y entrenamiento de los integrantes de las milicias por parte de la Kupassus y de su entidad subordinada, la *Satuan Tugus Inteligen*, esto es, unidades de inteligencia del ejército; y la actitud de aquiescencia del ejército que presencié varios de los hechos de violencia cometidos por las milicias sin emprender ninguna acción para evitarlo<sup>1254</sup>. También en la jurisprudencia del Panel Especial para Crímenes Graves de la Corte del Distrito de Dili se hace mención al hecho de que el Estado indonesio detentaba un control sobre las milicias, por ejemplo, en los casos *Wiranto y otros* y *Joni Marques y otros*<sup>1255</sup>.

La jurisprudencia citada demuestra que el estándar de control ha ido adquiriendo protagonismo en la tarea de atribuir violaciones de derechos humanos al Estado. Más adelante se hará una valoración sobre la mejor interpretación del estándar del control y se analizará la aplicación de este criterio en la jurisprudencia específicamente relacionada con las desapariciones forzadas. Sin embargo, es necesario analizar previamente el otro criterio de atribución contemplado en el artículo 8 del PRIEHII, esto es, el criterio de las instrucciones.

### **2.1.2. La impartición y el cumplimiento de las instrucciones como regla que fundamenta la imputabilidad**

En términos generales, la instrucción es una orden o una autorización específica que un órgano del Estado imparte a un particular o grupo, encargando la comisión de una actuación determinada. El PRIEHII no se preocupó de conceptualizar esta regla de

---

<sup>1254</sup> Cfr. AG. *Informe de la misión conjunta a Timor Oriental*. A/54/660 (10 de diciembre de 1999), párrs. 59-65 y 72; la misma, *Cuestión de Timor Oriental*. A/54/726 (31 de enero de 2000), párrs. 135-141.

<sup>1255</sup> PANEL ESPECIAL PARA CRÍMENES GRAVES DE LA CORTE DEL DISTRITO DE DILI (*DILI DISTRICT COURT. SPECIAL PANEL FOR SERIOUS CRIMES*), *Wiranto et. al.*, indictment, Case n° 5/2003, 24 de febrero de 2003, párrs. 10 y 32-35; la misma, *Joni Marques et. al.*, judgment, Case n° 9/2000, 11 de diciembre de 2001, párr. 680-685.

atribución, mientras que los Comentarios, con un lenguaje confuso y ambiguo, describen el contenido del estándar como un “*comportamiento autorizado efectivamente*” por un Estado que ocasionalmente se sirve de particulares para “*complementa[r] su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como «auxiliares», pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado*”. Los Comentarios también ilustran la aplicación de esta regla con algunos ejemplos, como el de las “*personas o grupo de personas que, sin haber sido nombrados expresamente por el Estado ni formar parte de sus fuerzas de policía ni de sus fuerzas armadas, son empleados como auxiliares o enviados como «voluntarios» a países vecinos o que realizan determinadas misiones en el extranjero por instrucciones del Estado*”<sup>1256</sup>.

De acuerdo con esta primera toma de contacto, parece ser que el ámbito de aplicación de esta regla de atribución es más acotado que el del control, especialmente, si se toma posición por el criterio de control global. Por el contrario, si se toma partido por el control efectivo, se torna complejo trazar una distinción conceptual entre ese estándar y el de las instrucciones.

La sentencia *Tadić* identificó dos grandes grupos de sujetos para los efectos de la clasificación de las reglas de control. Como se ha aclarado anteriormente, el control global se aplica respecto un grupo organizado y jerárquicamente estructurado. En cambio, el control efectivo –y podrían agregarse, según el caso, las instrucciones– se aplican a sujetos que no cumplen esas características; a saber:

1. Un individuo a quien el Estado encarga la realización de un hecho ilícito en el territorio de otro Estado<sup>1257</sup>.
2. Un grupo no organizado de individuos a quienes el Estado encarga la comisión de hechos internacionalmente ilícitos<sup>1258</sup>.
3. Individuos o grupos de individuos privados que realizan una tarea específica de tipo lícito, pero que violan una obligación internacional del Estado en el cumplimiento de esta tarea<sup>1259</sup>.

---

<sup>1256</sup> PRIEHII, cit., art. 8, comentario n° 2.

<sup>1257</sup> TPIY, AC, *Tadić*, cit., párr. 118.

<sup>1258</sup> *Ibíd.*

#### 4. Individuos asimilados a un órgano estatal<sup>1260</sup>.

A continuación, se listará una serie de casos relacionados con la aplicación de las reglas de las instrucciones. Se comenzará con una referencia a los primeros precedentes en que se aplicó esta regla, se continuará con la explicación de la sentencia sobre las *Actividades Militares en y contra Nicaragua* en lo que se refiere a la actuación de los UCLAs y se finalizará con un análisis de la práctica sobre los secuestros seguidos de entrega judicial. La jurisprudencia vinculada con este último fenómeno es muy importante de cara al análisis de la atribución de la desaparición forzada, porque se trata de un ilícito que guarda mucha similitud con una versión contemporánea de la desaparición, esto es, la entrega extraordinaria.

##### **2.1.2.1. Las primeras aplicaciones de la regla de imputabilidad de las instrucciones.**

Uno de los primeros antecedentes que aplicó la regla de las instrucciones fue el caso *Black Tom y Kingsland*, sobre unos sabotajes cometidos por nacionales alemanes en Estados Unidos durante la Primera Guerra Mundial. Uno de los argumentos que se tuvo en consideración para responsabilizar al Estado alemán fue el hecho de que los saboteadores actuaran instruidos por autoridades estatales alemanas<sup>1261</sup>.

La regla de las instrucciones también ha sido objeto de aplicación por el TRIE. En el caso *Schering Corporation vs. República Islámica de Irán*, la parte demandante reclamaba que el Consejo de los Trabajadores –entidad formada después de la revolución para la representación de los trabajadores en las empresas– le había impedido el pago de algunas deudas, causándole perjuicios. Lo determinante era valorar si el Estado iraní podía ser responsable de este hecho. En opinión del Tribunal, aunque la creación de estos consejos había sido promovida y legalizada por el Estado, no

---

<sup>1259</sup> Íd., párr. 119.

<sup>1260</sup> Íd., párrs. 141-144.

<sup>1261</sup> MIXED CLAIMS COMMISSION (UNITED STATES AND GERMANY). *Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) vs. Germany (Sabotage Cases)*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VIII, pp. 101-127 y 160-460. Cfr. HESSBRUEGGE, op. cit., n. 154.

actuaban en su nombre, ni recibían instrucciones u órdenes de sus autoridades<sup>1262</sup>. Sin embargo, en un caso similar, *Eastman Kodak Company vs. República Islámica de Irán*, el Tribunal tuvo por acreditado que la autoridad estatal había autorizado la administración de una de las filiales de la empresa demandante, con lo cual los perjuicios producidos a raíz de la gestión del Consejo de Trabajadores eran imputables a Irán<sup>1263</sup>.

Por otro lado, en el caso *Kathryn Faye Hilt vs. República Islámica de Irán*, el Tribunal consideró que la expulsión decretada por el decano de una Universidad en perjuicio de la demandante no podía ser imputada al Estado, porque ninguna de sus autoridades había ordenado al decano que actuare en ese sentido y porque éste era una entidad de carácter civil<sup>1264</sup>.

### **2.1.2.2. La atribución de los actos de los UCLAs en la sentencia sobre las Actividades Militares en y contra Nicaragua de la Corte Internacional de Justicia.**

En otro lugar de este trabajo se aclaró que los UCLAs era un grupo paramilitar conformado por latinoamericanos de nacionalidad no identificada, que recibían instrucciones directas de la CIA para los efectos de “operaciones de cobertura”<sup>1265</sup>. Según la sentencia sobre las *Actividades Militares en y contra Nicaragua*, los UCLAs actuaban bajo las instrucciones y la supervisión de la CIA, que además se preocupaba de la remuneración de sus integrantes y proporcionaba soporte logístico. El vínculo de dependencia con el Estado era muy estrecho y fue ésta la razón en que se basó la CIJ para concluir que los actos de los UCLAs eran imputables a Estados Unidos<sup>1266</sup>.

---

<sup>1262</sup> TRIE. *Schering Corporation vs. The Islamic Republic of Iran*, award n° 122-38-3, 13 de abril de 1984, en *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 5, 1984, p. 370.

<sup>1263</sup> TRIE. *Eastman Kodak Company vs. The Government of Iran*, award n° 514-227-3, 1 de Julio de 1991, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 27, 1991, p. 14 (párr. 32).

<sup>1264</sup> TRIE. *Kathryn Faye Hilt vs. The Islamic Republic of Iran*, award n° 354-10427-2, 16 de marzo de 1988, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 18, 1988, pp. 161-162 (párr. 23).

<sup>1265</sup> Para el detalle de las actuaciones realizadas por esta agrupación, vid. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., párrs. 76-86.

<sup>1266</sup> CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., párrs. 75, 80 y 86. Es interesante destacar que en el párr. 81, la CIJ enumera los incidentes provocados por los UCLAs reclamados por el Estado de Nicaragua, para luego analizar detalladamente la imputabilidad de cada uno de ellos a Estados Unidos en los párrs. 82-86. Este enfoque es bastante coherente con la aplicación del estándar de las instrucciones y del control efectivo. Sin embargo, llama poderosamente la atención que



### 2.1.2.3. La práctica sobre los secuestros seguidos de entrega judicial.

Existe abundante práctica internacional que puede ser útil para explicar la aplicación de las reglas de las instrucciones y que se refiere a los secuestros seguidos de entrega judicial. Este hecho ilícito consiste en un secuestro que se realiza en el territorio de un Estado por orden de las autoridades de otro Estado que, con la finalidad de juzgar a un fugitivo, encomienda a sus propios agentes estatales, a agentes estatales extranjeros o a particulares, detener a un individuo y conducirlo ante sus autoridades judiciales. Toda la operación se realiza sin respetar las obligaciones internacionales que eventualmente disponen tratados celebrados entre los Estados involucrados, especialmente, los destinados a la regulación de la extradición. En el fondo, el secuestro seguido de entrega judicial consiste en un secuestro internacional cometido con la finalidad de conducir a un prófugo de la justicia ante un tribunal.

Desafortunadamente, esta práctica ilegal ha sido y sigue siendo ampliamente utilizada por los Estados, tal como lo demuestra la abundante jurisprudencia sobre la materia y el consiguiente interés doctrinario que ha suscitado. Si la privación de libertad se realiza sin el consentimiento del Estado en cuyo territorio se lleva a cabo, el secuestro seguido de entrega judicial genera una evidente violación al principio de soberanía territorial de ese Estado<sup>1267</sup>. Por el contrario, la prestación del consentimiento del Estado territorial evita la afectación del principio, ya que el acto se realizaría en el marco de la cooperación entre Estados<sup>1268</sup>.

Sin embargo, el consentimiento no siempre es suficiente para evitar que el acto genere otro tipo de ilicitudes, entre otras, la afectación de los derechos fundamentales de la persona secuestrada, como el derecho a la libertad personal, al debido proceso, a la libertad de movimiento y a residir en un Estado determinado<sup>1269</sup>. El secuestro seguido

---

Roberto AGO, principal responsable de la redacción del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional del Estado aprobado en Primera Lectura, al intervenir como juez en este caso, haya emitido una opinión separada afirmando en el párr. 15 de la misma, que la regla de imputación aplicable a los UCLAs no era el art. 8 de ese Proyecto, relativo a las instrucciones, sino el art. 7, que se refería a la atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público.

<sup>1267</sup> Cfr. ESPÓSITO/GALELLA, op. cit., p. 12; QUIGLEY, John. "Our men in Guadalajara and the Abduction of Suspects Abroad: a Comment on United States v. Alvarez-Machain", *Notre Dame Law Review*, vol. 68, 1993, Issue 4, p. 728; SEAMAN, op. cit., pp. 399-403.

<sup>1268</sup> ESPÓSITO/GALELLA, op. cit., p. 12.

<sup>1269</sup> Cfr. ibíd.; QUIGLEY, op. cit., pp. 734-746; SEAMAN, op. cit., p. 404.

de entrega judicial también puede infringir las obligaciones internacionales dimanantes de los tratados internacionales sobre extradición que estén vigentes entre los Estados involucrados<sup>1270</sup>.

Todos estos problemas hacen que la legitimidad de la competencia del tribunal que juzga al acusado sea muy cuestionable desde la perspectiva del debido proceso y de eventuales obligaciones internacionales sobre la extradición<sup>1271</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia sobre el tópico es ambivalente en lo que se refiere a la constatación de estas infracciones, ya que en muchos precedentes se ha justificado la competencia del órgano jurisdiccional, a pesar de que el acusado haya sido puesto a su disposición mediante un secuestro. La doctrina con la que se suele justificar esta decisión es la del *male captus bene detentus*, en cuya virtud se entiende que la facultad de persecución penal del Estado debe ejercerse cualquiera sea el método mediante el cual el acusado haya sido llevado al estrado<sup>1272</sup>.

Ahora bien, cabe tener en cuenta algunos matices importantes antes de asociar automáticamente la práctica de los secuestros seguidos de entrega judicial con la aplicabilidad de la regla de las instrucciones. Debe recordarse que esta regla de atribución sólo se aplica si el sujeto a quien se dirige la orden es un agente no estatal. Sin embargo, en los casos que serán reseñados a continuación el actor no siempre es un agente no estatal. Puede haber supuestos en que el autor sea un órgano del Estado al que se le imparte la instrucción, en cuyo caso la regla de imputabilidad aplicable debe ser la unidad del Estado. También puede darse la situación en que el autor sea un agente estatal extranjero, de manera que cada Estado involucrado deberá ser responsabilizado por su participación en el hecho<sup>1273</sup>.

---

<sup>1270</sup> SEAMAN, op. cit., pp. 403-404 y 410-411.

<sup>1271</sup> Íd., p. 413.

<sup>1272</sup> Sobre la aplicación del principio *male captus bene detentus* en estos casos, cfr. ESPÓSITO/GALELLA, op. cit., pp. 11-ss; TOWNSEND, op. cit., pp. 661-663.

<sup>1273</sup> Cuando hay más de un Estado involucrado, puede configurarse una hipótesis de coautoría, esto es, una pluralidad de Estados que conjuntamente cometen el hecho ilícito o hipótesis de ayuda o asistencia, esto es, un Estado que ejecuta el hecho con la colaboración de otro que sin cometer el hecho en sí, contribuye significativamente a su comisión. La coautoría no ha sido objeto de regulación específica en el PRIEHII, con lo cual, respecto del comportamiento de cada Estado deberán aplicarse las reglas generales de atribución. Por otro lado, el cap. IV del PRIEHII contiene tres supuestos de responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de otro Estado: la ayuda o asistencia, la dirección y control y la coacción. De estos tres supuestos, el que podría ser aplicado con mayor probabilidad al secuestro seguido de entrega judicial es la ayuda o asistencia, regulado en el art. 16 en los términos siguientes: “*El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho*

La identificación de cada una de estas situaciones dependerá de las circunstancias de cada caso concreto y su estudio detallado supera sobradamente los objetivos de este trabajo, que se limitará solamente a exponer algunos ejemplos ilustrativos de cara al estudio de la desaparición forzada<sup>1274</sup>.

Los dos casos más citados sobre la aplicación de la doctrina del *male captus bene detentus* son el asunto *Ker* y el asunto *Frisbie*, ambos resueltos por tribunales estadounidenses<sup>1275</sup>. El caso *Ker* trata de un estafador que había cometido crímenes en Estados Unidos y que se había escapado a Perú. El gobierno estadounidense instruyó a un particular para que procediere a detenerlo y conducirlo en territorio norteamericano para su juzgamiento. El acusado alegó ante los tribunales norteamericanos que el arresto había sido ilegal, porque no se había dado cumplimiento a las obligaciones plasmadas en el tratado de extradición existente entre Estados Unidos y Perú. La Corte Suprema estadounidense, sin embargo, señaló que la manera mediante la que el acusado había sido puesto a disposición del tribunal era irrelevante para los efectos del juzgamiento, a menos que implicare una violación de leyes nacionales<sup>1276</sup>.

---

*internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si: a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia*". El ámbito de aplicación de esta disposición abarca los supuestos en que un Estado presta asistencia o ayuda voluntaria a otro Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito (vid. PRIEHII, cit., art. 16, comentario n° 1). Para la aplicación de esta norma es necesario el cumplimiento de tres requisitos: 1) el Estado que presta ayuda o asistencia debe tener conocimiento de las circunstancias del hecho ilícito, es decir, tener consciencia de que el Estado beneficiado con dicha ayuda o asistencia se servirá de la misma para cometer una ilicitud (PRIEHII, cit., art. 16, comentarios n° 3 y 4); 2) la ayuda o asistencia prestada deben facilitar efectivamente la comisión del hecho ilícito, es decir, tener una relación clara con ese hecho (PRIEHII, cit., art. 16, comentarios n° 3 y 5, aunque ORAKHELASHVILI, Alexander. "Division of Reparation between Responsible Entities", en *The Law of International Responsibility*, cit., pp. 650-651, critica la falta de claridad con el que el PRIEHII y sus comentarios se refieren a este requisito, pudiendo propiciar una interpretación que lo considerare una exigencia subjetiva de intencionalidad, cuestión que complicaría sobremanera la aplicación de la norma); 3) el hecho cometido debe ser tal que hubiere sido ilícito si lo hubiera cometido el Estado que presta la asistencia (vid. PRIEHII, cit., art. 16, comentarios n° 3 y 6, requisito también razonablemente criticado por ORAKHELASHVILI, op. cit., pp. 652-653, porque le permite a un Estado que no está obligado por una obligación determinada, contribuir a que otro Estado obligado por dicha obligación incurra en su vulneración).

<sup>1274</sup> Los precedentes jurisprudenciales sobre el secuestro seguido de entrega judicial son muchos, de modo que la cita de algunos casos en el cuerpo de este texto se hará sólo a título ejemplificativo. Para una reseña más completa de estos precedentes, cfr. DE SCHUTTER, Bartholomé. "Competence of the National Judiciary Power in Case the Accused has been Unlawfully Brought within the National Frontiers", *Revue Belge de Droit International*, vol. I, 1965; QUIGLEY, op. cit., pp. 726-ss.; TOWNSEND, op. cit., pp. 661-ss.

<sup>1275</sup> La importancia de estos precedentes ha hecho que la referida doctrina también se denomine "doctrina *Ker-Frisbie*".

<sup>1276</sup> CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (*SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA*). *Ker vs. Illinois*, 6 de diciembre de 1886, 119 U.S. 436 (1886). La sentencia dejó

La tesis de la sentencia anterior fue confirmada en el caso *Frisbie vs. Collins*. No se trata estrictamente de un caso de secuestro internacional, ya que el secuestro y el juzgamiento se realizaron en dos Estados diferentes de la federación de Estados Unidos. El acusado alegó que su privación de libertad implicaba una vulneración de la ley federal sobre secuestro, pero el tribunal rechazó esta alegación argumentando que esa ley había sido pensada para casos extremadamente graves y que no debía aplicarse a quienes practicaren la detención de un fugitivo<sup>1277</sup>.

La doctrina *Ker-Frisbie* ha sido confirmada por los tribunales norteamericanos en numerosos casos similares, pero también es cierto que en algunos importantes precedentes su aplicación ha sido criticada y desestimada. Uno de estos precedentes es el caso *Toscanino*, sobre el secuestro de un ciudadano italiano en Uruguay, cometido por un policía de ese país y otros cómplices que actuaron por instrucción de las agencias policiales estadounidense. El secuestro se cometió con la finalidad de someter la víctima a juzgamiento ante tribunales norteamericano por tráfico de estupefacientes. Tras ser aprehendido, Toscanino fue conducido a Brasil, donde fue mantenido incomunicado durante semanas y sometido a tortura por agentes de la policía brasileña y norteamericana. Conociendo el caso en apelación, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito consideró que la doctrina *Ker-Frisbie* no era aplicable y que la aprehensión ilegal del acusado vulneraba el derecho al debido proceso e implicaba una infracción a la soberanía territorial de Uruguay, protegida por la Carta de la ONU y la Carta de la OEA<sup>1278</sup>.

La jurisprudencia norteamericana no es la única que ha tratado el secuestro seguido de entrega judicial, existiendo una numerosa cantidad de precedentes en otros Estados, lo que demuestra la amplia utilización de este ilícito a lo largo y ancho del globo. Uno de estos casos es el de *Cesare Rossi*, un italiano secuestrado en Suiza por

---

abierta la posibilidad de que el secuestrador fuere extraditado a Perú para ser procesado por los delitos cometidos en ese país a consecuencia del secuestro.

<sup>1277</sup> CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Frisbie vs. Collins*, 10 de marzo de 1952, 342 U.S. 519 (1952).

<sup>1278</sup> SEGUNDO CIRCUITO DE CORTE DE APELACIONES (*COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT*). *United States of America, appellee, vs. Francisco Toscanino*, 15 de mayo de 1974, 500 F.2d 267. Cfr. *Carta de las Naciones Unidas*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, San Francisco, 26 de junio de 1945 entrada en vigor el 24 de octubre de 1945, art. 2(4); *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de abril de 1948, entrada en vigor el 13 de diciembre de 1951, arts. 1 y 21. Sobre la aplicación de estos tratados en la jurisprudencia sobre secuestros internacionales, vid. SEAMAN, op. cit., pp. 400-401.

algunos particulares que actuaron previo acuerdo con la policía italiana. Suiza emitió una protesta ante las autoridades italianas, quienes negaron la participación de sus agentes estatales, aunque no disputaron la posibilidad de atribuir el hecho al Estado italiano si se hubiere comprobado alguna clase de cooperación de sus órganos<sup>1279</sup>.

Otro caso es el del secuestro de un ex ciudadano alemán, Her Jacob-Salomon, detenido en territorio suizo por particulares contratados por la GESTAPO, a fin de ser juzgado por el delito de traición. El asunto motivó una nota de protesta del gobierno Suizo. La primera reacción de Alemania fue negar los hechos, pero accediendo a someter el caso a arbitraje. El procedimiento concluyó con un acuerdo en virtud del cual ambas partes manifestaron que el Estado alemán no había actuado adecuadamente. Jacob-Salomon fue devuelto a las autoridades suizas y el secuestrador fue sometido en juicio en Suiza<sup>1280</sup>.

En otro precedente, *Antoine Argoud*, miembro de la agrupación terrorista Organización Ejército Secreto (OAS), fue secuestrado en Múnich y encontrado por la policía francesa en el centro de la ciudad dentro de un coche tras una llamada anónima. El gobierno alemán alegó que Francia era internacionalmente responsable por haber instruido y financiado a los secuestradores. Sin embargo, el Estado francés negó toda participación en el hecho. En definitiva, la cuestión se resolvió por la vía diplomática<sup>1281</sup>.

Pero sin duda alguna, el caso más célebre de secuestro internacional es el de *Adolf Eichmann*, uno de los principales responsables del holocausto, secuestrado en Buenos Aires por un grupo de particulares instruidos por Israel y luego llevado ante las autoridades de ese Estado para su juzgamiento. El asunto provocó una crisis diplomática entre Argentina e Israel. El CS emitió una resolución declarando que la soberanía de Argentina había sido vulnerada y requiriendo a Israel otorgar una adecuada

---

<sup>1279</sup> Cfr. CDI, *Third report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago...*, cit., p. 265, aunque en este informe el relator AGO asocia este tipo de casos a la regla sobre el comportamiento de una entidad que ejerce atribuciones del poder público, contemplada en el art. 5 del PRIEHII; ROUSSEAU, op. cit., pp. 667-668.

<sup>1280</sup> Cfr. CDI, *Third report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago...*, cit., p. 265; PREUSS, Lawrence. "Settlement of the Jacob Kidnapping Case", *American Journal of International Law*, vol. 30, Issue 1, January 1936, pp. 123-124; TOWNSEND, op. cit., p. 668.

<sup>1281</sup> Cfr. CDI, *Third report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago...*, cit., p. 265; RONZITTI, op. cit., pp. 64-ss; TOWNSEND, op. cit., p. 669.

reparación<sup>1282</sup>. Argentina e Israel consideraron saldado el asunto tras la presentación oficial de excusas de éste último Estado. Por su parte, la Corte Suprema israelí, aplicando la doctrina del *male captus bene detentus*, consideró que el secuestro no configuraba un impedimento para el juzgamiento de Eichmann<sup>1283</sup>.

En algunas ocasiones los secuestros seguidos de entrega judicial son cometidos por cazarrecompensas. Ya se ha hecho referencia a este tópico en relación al comportamiento de una entidad que ejerce un poder público. En ese momento se aclaró que, dependiendo de las circunstancias, también podía ser aplicada a este supuesto la regla de las instrucciones<sup>1284</sup>. Un ejemplo que puede ilustrar la aplicación de esta regla es el caso *Jaffe*. Estando en libertad bajo fianza en el marco de un proceso por venta fraudulenta de inmuebles ante los tribunales del Estado de Florida, Sidney Jaffe huyó a Canadá. Posteriormente, se dio inicio a un proceso de extradición que quedó entrampado por obstáculos burocráticos. Por esta razón, los impacientes fiscales del caso instigaron a unos cazarrecompensas para que procedieran a secuestrar al acusado. Canadá presentó una nota de protesta alegando la violación del tratado de extradición. Jaffe, en definitiva, fue juzgado por los tribunales estadounidenses, que retuvieron la competencia aplicando la doctrina *Ker-Frisbie*. Sin embargo, los secuestradores fueron extraditados a Canadá<sup>1285</sup>.

---

<sup>1282</sup> CS. Res. 138 (1960), 23 de junio de 1960.

<sup>1283</sup> CORTE SUPREMA DE ISRAEL (העליון המשפט בישראל, *BEIT HAMISHPAT HA'ELYON*). *Attorney General of the Government of Israel vs. Adolf Eichmann*, 29 de mayo de 1962, *International Law Reports*, vol. 36, 1962, pp. 304-308, párr. 13. Un registro audiovisual del juicio puede consultarse en *The Eichman Trial* [En línea]. Director: Leo HURWITZ. *Youtube-Yad Vashem Museum*. Disponible en <<http://www.youtube.com/EichmannTrialEN>>. [Consulta: 21 de julio de 2014]. La historia de Eichmann también ha sido retratada por el cine. Vid., por ejemplo, la interesante película *Eichmann* [DVD]. Director: Robert YOUNG. Producción: Entertainment Motion Pictures (E-Motion) et al. Distribución: Warner Bros Digital, 2007.

Se trata de un juicio que ha suscitado un enorme interés en la doctrina, tanto es así que en la actualidad se sigue publicando sobre el mismo. Vid., v. gr., los artículos publicados en la revista *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, Issue 3, 2012, que ha dedicado todo un número a la cuestión. En general, sobre los aspectos jurídicos del caso cfr. CDI, *Third report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago...*, cit., p. 265; GREEN, Leslie C. “The Eichmann Case”, *The Modern Law Review*, vol. 23, Issue 5, September 1960, pp. 507–515, especialmente la última página, que se refiere a las ilegalidad internacional del secuestro de Eichmann; LASOK, Dominic. “The Eichmann Trial”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, n° 2, april 1962, pp. 355-374, especialmente, pp. 356, 360-361, 368 y 373, criticando la indiferencia del tribunal israelí ante la ilegalidad internacional del secuestro; TOWNSEND, op. cit., pp. 669-671.

<sup>1284</sup> *Supra*, § 1.1 del presente Capítulo.

<sup>1285</sup> CORTE DE APELACIONES DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO DE (*COURT OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT*). *Sidney L. Jaffe, Petitioner-Appellant, vs. Jim Smith and Richard L. Dugger, Respondents-Appellees*, 21 de agosto de 1987, F. 2d., vol. 825, pp. 304-307. Cfr. SEAMAN, op. cit., pp. 397 y 408; TOWNSEND, op. cit., pp. 665-666.

En el marco de la protección internacional de los derechos humanos el secuestro seguido de entrega judicial ha sido criticado por el HRC. Cabe destacar dos casos muy similares, ambos contra Uruguay, sobre secuestros instruidos por la dictadura uruguaya en perjuicio de opositores políticos que residían en el extranjero. El primero es *López Burgos vs. Uruguay*, que se pronunció sobre la detención de López Burgos en Argentina cometida por agentes uruguayos<sup>1286</sup>. El segundo caso es *Celiberti de Casariego vs. Uruguay*, que se refirió a la detención de Celiberti en Brasil, también realizada por agentes uruguayos con la colaboración de la policía brasileña<sup>1287</sup>. En ambos supuestos las víctimas fueron torturadas y conducidas ante los tribunales uruguayos, ante los cuales fueron condenadas por delitos políticos. El Comité consideró que el secuestro había vulnerado una serie de disposiciones del PIDCP, especialmente, las que se refieren a la libertad personal y al debido proceso<sup>1288</sup>.

Desafortunadamente, la práctica sobre el secuestro seguido de entrega judicial se ha mantenido vigente. Es sorprendente que los Estados sigan recurriendo a este ilícito y que los tribunales de justicia continúen validando esta práctica aceptando la competencia para juzgar a las víctimas de esta práctica. Como un ejemplo reciente, se puede citar el caso *Alvarez-Machain*, pronunciado por la Corte Suprema de Estados Unidos. Se refiere al secuestro de Álvarez-Machain cometido por nacionales mexicanos por orden de la Agencia Antidrogas norteamericana (*Drug Enforcement Administration*, en adelante, DEA). Alvarez-Machain era un físico mexicano de quien se sospechaba su participación en la tortura y asesinato de Enrique Camarena Salazar, un agente encubierto de la DEA. La Corte Suprema resolvió la cuestión en términos similares a su jurisprudencia anterior, aplicando la doctrina del *male captus bene detentus* y valorando el asunto únicamente en relación con la posición jurídica de los Estados involucrados y no desde la perspectiva de los derechos del acusado. Así, concluyó que el secuestro no constituía un obstáculo para la competencia de los tribunales y la persecución penal del

---

<sup>1286</sup> HRC. *López Burgos vs. Uruguay*, comunicación n° R.12/52, 29 de julio de 1981, párrs. 1, 2, 10.2 y 12.1.

<sup>1287</sup> HRC. *Celiberti de Casariego vs. Uruguay*, comunicación n° R.13/56, 29 de julio de 1981, párrs. 1, 2 y 9.

<sup>1288</sup> HRC, *López Burgos vs. Uruguay*, cit., párr. 13; el mismo, *Celiberti de Casariego vs. Uruguay*, cit., párr. 11.

imputado. Asimismo, consideró que el tratado de extradición existente tampoco representaba un impedimento<sup>1289</sup>.

Un último conjunto de casos interesantes han sido resueltos por el TEDH. Uno de ellos es *Öcalan vs. Turquía*. Öcalan había sido el fundador y presidente del PKK. Tras ser expulsado por las autoridades sirias, solicitó asilo a varios países sin tener éxito. Estando en Grecia, fue conducido por autoridades de ese país a Kenia y acomodado en la residencia del embajador griego. Las autoridades kenianas comenzaron a ejercer presión para que Öcalan fuera expulsado, logrando convencer a la embajada griega. Sin embargo, durante el viaje que tenía por objeto trasladar la víctima al aeropuerto, unos agentes kenianos la entregaron a unos sujetos turcos quienes formalizaron el arresto a bordo de un avión registrado en Turquía. Öcalan fue juzgado en Turquía y condenado a la pena de muerte. Tras la aplicación de medidas provisionales por parte del TEDH, la pena fue conmutada a prisión perpetua<sup>1290</sup>.

El TEDH consideró que se había vulnerado el derecho a la libertad personal, porque Öcalan no pudo ejercer ningún recurso y porque no fue conducido sin dilación ante un juez<sup>1291</sup>. Sin embargo, el Tribunal consideró que la detención no había sido ilegal, porque las autoridades turcas habían expedido órdenes de arresto y porque no se había vulnerado la soberanía territorial de Kenia, en cuanto sus autoridades habían colaborado con el arresto del demandante<sup>1292</sup>.

---

<sup>1289</sup> CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *United States vs. Alvarez-Machain*, 15 de junio de 1992, 504 U.S. 655 (1992). El juicio concluyó con la desestimación de los cargos por falta de prueba. La crítica de la doctrina a esta sentencia ha sido contundente. Cfr., entre otros, GLENNON, Michael J. "State-Sponsored Abduction: a Comment on United States v. Alvarez-Machain", *American Journal of International Law*, vol. 86, Issue 4, 1992, pp. 746-756, explicando que la sentencia implica una vulneración del tratado de extradición vigente entre México y Estados Unidos y una infracción a la regulación constitucional de los poderes del ejecutivo; MARIÑO MENÉNDEZ, "Responsabilidad e Irresponsabilidad de los Estados y Derecho Internacional", en PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel et al. (org.), *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo*. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 476-477, proponiendo la sentencia como un ejemplo de responsabilidad estatal que no puede hacerse efectiva a pesar de que el presunto Estado responsable no niegue la violación del Derecho internacional; PAUST, Jordan J. "After Alvarez-Machain: Abduction, Standing, Denials of Justice, and Unaddressed Human Rights Claims", *Saint John's Law Review*, vol. 67, Issue 3, 1993, pp. 551-580, enfocando la crítica de la sentencia desde varios puntos de vista, de los que cabe destacar los que se refieren a los derechos humanos del acusado y a la denegación de justicia en su perjuicio; QUIGLEY, op. cit., pp. 723-746, destacando que la gran falencia de la sentencia consiste en no haber razonado sobre la afectación de los derechos fundamentales del acusado; TOWNSEND, op. cit., pp. 671-673.

<sup>1290</sup> Para el detalle de los hechos, vid. TEDH, *Öcalan vs. Turkey*, cit., párrs. 14-54.

<sup>1291</sup> Íd., párrs. 66-71 y 103-105.

<sup>1292</sup> Íd., párrs. 83-99.



Hay otros casos similares resueltos en el marco del sistema europeo cuyas características son idénticas a la sentencia que se acaba de explicar: la víctima es arrestada en territorio extranjero, conducida en un avión registrado en el país en que es buscada por la justicia y entregada a las autoridades de ese país, quienes le notifican la orden de arresto a bordo del avión. Se trata de los casos *Freda vs. Italia* y *Sánchez Ramírez vs. Francia*, dos decisiones de inadmisibilidad dictadas por la Comisión Europea de Derechos Humanos.

En ambos dictámenes, la Comisión se refirió a la legalidad del arresto sólo a partir del momento de la notificación, declarándose incompetente para emitir un pronunciamiento sobre la legalidad de los hechos anteriores, porque acontecidos en territorio de Estados no parte. Esta apreciación es bastante discutible, sobretudo en relación al caso *Sánchez Ramírez*, dado que el arresto fue practicado por agentes franceses en colaboración con agentes sudaneses. La Comisión consideró que la existencia de una orden de arresto era suficiente para la legalidad de la detención y concluyó que una eventual colaboración entre las autoridades de los Estados involucrados no podía vulnerar el artículo 5 de la CEDH, aunque no especificó en qué consistió esta colaboración, aclaración indispensable para valorar su conformidad con el Convenio<sup>1293</sup>.

En todos los casos analizados, la regla de las instrucciones podría haber sido aplicada sin mayor problema, siempre que el sujeto actor hubiera sido un agente no estatal. La práctica sobre el secuestro seguido de entrega judicial es bastante importante para el estudio de la desaparición forzada debido a las similitudes que familiarizan ambos ilícitos. Antes de analizar la aplicación de las reglas del control e instrucciones a la desaparición, se realizará una valoración de conjunto sobre los estándares estudiados en los apartados anteriores.

---

<sup>1293</sup> Cfr. COMISIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Freda vs. Italy*, decision on the admissibility of the application, application no. 8916/80, 7 de octubre de 1980; la misma, *Sánchez Ramírez vs. France*, decision on the admissibility of the application, application no.28780/95, 24 de junio de 1996.

### **2.1.3. Epílogo: ¿control efectivo o control global?**

El desarrollo de los apartados anteriores ha demostrado que la práctica no manifiesta una preferencia por uno de los estándares de control. Esta breve sección, concebida a modo de epílogo, tiene por objeto describir la posición que se asumirá en este debate, pudiendo adelantarse desde ya que será partidaria de la defensa del control global. Como cuestión previa, se hará referencia a la deficiente y confusa regulación de los estándares de control en el PRIEHII, a fin de demostrar que la CDI ha dejado en manos del intérprete la determinación de su contenido. Luego, con la ayuda de aportaciones doctrinarias se procederá a explicar que el control global debe ser preferido al control efectivo, siempre que se pretende guardar coherencia con la realidad de las ilicitudes internacionales de los Estados.

#### **2.1.3.1. La vacilante regulación del control en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado**

De acuerdo con lo explicado en este capítulo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha producido un arduo debate sobre la identificación del estándar de control más adecuado para resolver problemas de imputación cuando los Estados se sirven de agentes no estatales para la comisión de un hecho internacionalmente ilícitos. Desafortunadamente, el PRIEHII no ha formulado ninguna aportación para resolver este problema, porque de su articulado no puede deducirse cuáles han sido los estándares de atribución que ha preferido para este tipo de situaciones. Las disposiciones del Proyecto que interesan para este análisis son los artículos 4 y 8.

En cuanto al artículo 4, su primer párrafo consagra el principio de unidad del Estado. Por su parte, el párrafo 2 tiene por objeto regular el papel del Derecho nacional en la identificación de un órgano estatal para los efectos de la atribución: “[s]e entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el Derecho interno del Estado”. Por ende, si conforme al Derecho interno un sujeto es órgano estatal, su comportamiento será susceptible de atribución<sup>1294</sup>.

---

<sup>1294</sup> Para un análisis exhaustivo del papel del Derecho nacional en la atribución de los hechos internacionalmente ilícitos, vid. PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., pp. 207-249.

Sin embargo, puede ocurrir que el ordenamiento jurídico de un Estado no regule adecuadamente los criterios para definir el carácter estatal de un órgano. Según los Comentarios del PRIEHII, en esos supuestos “*un Estado no puede eludir su responsabilidad por el comportamiento de una entidad que actúa en realidad como uno de sus órganos negando simplemente que tenga tal condición en su propio Derecho*”<sup>1295</sup>. Una interpretación del artículo 4(2) sugiere que, además del Derecho nacional, es posible recurrir a otros criterios para determinar la estatalidad de un órgano<sup>1296</sup>. Este punto de la discusión es el que interesa para la temática de la atribución, porque algunos autores interpretan que uno de los criterios al que alude indirectamente la disposición es el estándar de la completa dependencia<sup>1297</sup>.

---

<sup>1295</sup> PRIEHII, cit., art. 4, comentario n° 11.

<sup>1296</sup> Cfr. DE HOOGH, op. cit., pp. 265-266; PALCHETTI, “Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati”, en SPINEDI, Marina/GIANELLI, Alessandra/ALAIMO, Maria Luisa (coords.). *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*. Problemi e spunti di riflessione. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 5-6.

Si se revisa la evolución de esta disposición el Proyecto aprobado en la primera lectura, parece ser que la CDI había optado originariamente por una concepción muy estricta del órgano estatal, al considerar que el único criterio válido para su identificación era el Derecho nacional. Así, el art. 5 de ese Proyecto disponía: “*Para los fines de los presentes artículos se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el Derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad*”. Cfr. PALCHETTI, *L’organo di fatto dello Stato nell’ illecito internazionale*, cit., pp. 23-30; el mismo, “Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati”, cit., pp. 6 y 8-10.

Por su parte, el art. 8(a) de ese Proyecto disponía “[S]e considerará también hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si: a) *Consta que esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado*”. De acuerdo con la interpretación dominante, esta norma sólo permitía la atribución en base a la regla de las instrucciones y no se refería al estándar de control. Relacionando esta disposición con la anterior, puede deducirse que la concepción primigenia de la CDI sobre la definición del órgano y la atribución de los comportamientos de sujetos no estatales era muy estricta, ya que el Proyecto otorgaba al Derecho nacional la tarea de identificar los órganos *de iure* y, por otro lado, sujetaba la atribución de los órganos *de facto* a la presencia de las instrucciones. Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, “La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización”, cit., p. 16; PALCHETTI, *L’organo di fatto dello Stato nell’ illecito internazionale*, cit., p. 28, especialmente, n. 47; el mismo, “Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati”, cit., p. 8.

Las dificultades que puede presentar el Derecho interno en la identificación de los órganos y la posibilidad de que un Estado manipulare su ordenamiento jurídico para eludir la responsabilidad internacional, motivaron la ampliación de los criterios de individualización, lo que explica la redacción final del art. 4(2). Cfr. PALCHETTI, *L’organo di fatto dello Stato nell’ illecito internazionale*, cit., pp. 30-33; DE HOOGH, op. cit., pp. 265-266.

<sup>1297</sup> Cfr. DE HOOGH, op. cit., pp. 265-267; MILANOVIĆ, “State Responsibility for Genocide”, cit., p. 583; PALCHETTI, “Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati”, cit., p. 6; el mismo, *L’organo di fatto dello Stato nell’ illecito internazionale*, cit., pp. 33, 35, 111, 180-181 y 254-265, aunque este autor no defiende el criterio de la completa dependencia, sino el criterio más matizado de la asimilación de un órgano *de facto*. Según esta teoría, una entidad puede equipararse a un órgano estatal si se comprueba que está intensamente

Esta interpretación, sin embargo, presenta algunos problemas. Si se atiende a la literalidad del artículo 4, parece ser una interpretación forzada, porque el objeto principal de esta disposición no está relacionado con la imputabilidad. Si se hubiere querido regular una regla de atribución, la redacción del precepto hubiere sido más explícita<sup>1298</sup>. Quizás la única finalidad de la norma es resaltar que existen otros criterios para la calificación de un órgano además del Derecho nacional, a saber, las reglas de atribución del artículo 8<sup>1299</sup>.

Por otra parte, el criterio de la completa dependencia tiene un problema intrínseco relativo a la identificación de su contenido, ya que no se entiende el tipo de vínculo que debe mediar entre el Estado y el agente. Asimismo, tampoco está claro cuál es la diferencia entre este criterio y las reglas de las instrucciones y el control efectivo<sup>1300</sup>. Ni siquiera la CIJ, que ha utilizado conjuntamente la completa dependencia y el control efectivo, aclara satisfactoriamente la diferencia entre ambos estándares<sup>1301</sup>. Si bien algunos autores argumentan que la completa dependencia exige un vínculo más intenso entre el sujeto y el Estado, la argumentación con la que se intenta justificar esta tesis termina recurriendo a valoraciones casuísticas<sup>1302</sup>.

---

vinculado con el Estado mediante una valoración casuística. Mientras el vínculo de hecho exigido por la completa dependencia es muy exigente, equivalente a una dominación absoluta del Estado sobre el agente, la teoría de la asimilación es más flexible, porque la intensidad del vínculo es menor. Cfr. SPINEDI, op. cit., p. 424, que también defiende la teoría de la asimilación.

<sup>1298</sup> PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., pp. 35-36.

<sup>1299</sup> Cfr. CASSESE, "The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", cit., p. 663; GRIEBEL/PLÜCKEN, op. cit., pp. 612 y 614.

<sup>1300</sup> Cfr. GRIEBEL/PLÜCKEN, op. cit., p. 613 y 615, agregando que la utilidad práctica de la completa dependencia se desvalora por sus elevadas exigencias probatorias; SPINEDI, op. cit., p. 424-425, criticando el hecho de que la distinción entre los criterios termina siendo esencialmente cuantitativa, basada en la mayor o menor intensidad del vínculo que media entre el agente y el Estado.

<sup>1301</sup> Vid. supra, § 21.1.1. Cfr. GRIEBEL/PLÜCKEN, op. cit., p. 612; PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., p. 111. Cabe recordar que esta ambigüedad confundió al TPIY, ya que en el proceso *Tadić*, al interpretar la sentencia sobre las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, concluyó que la CIJ estaba aplicando el control efectivo como único criterio. Cfr. TPIY, TC, *Tadić a/k/a 'Dule'*, cit., párr. 585; el mismo, AC, *Tadić*, cit., párr. 112. Sin embargo, en su opinión disidente a la sentencia de primera instancia, la jueza MCDONALD advirtió que los criterios utilizados en la sentencia de la CIJ eran dos: la completa dependencia y el control efectivo. Vid. TPIY, TC, *Tadić a/k/a 'Dule'*, cit., Separate and Dissenting Opinion of Judge MCDONALD regarding the Applicability of Article 2 of the Statute, p. 299.

<sup>1302</sup> PALCHETTI, "Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati", cit., p. 10; el mismo, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., pp. 37-38, 176-178, 182-202 y 253-265, para quien la diferencia entre la regla de la asimilación del órgano *de facto* y el control efectivo es exclusivamente material y consiste en un distinto grado de intensidad del vínculo de hecho entre Estado y organización: mientras la primera exige acreditar una relación particularmente estrecha, el segundo exige que esa relación sea de control o instrucción. En cuanto al contenido de la regla de asimilación, este autor considera que se obtiene a través de una valoración concreta y casuística, que debe tener en consideración algunas cuestiones fácticas, a

Ahora bien, en lo que respecta el artículo 8, su literalidad genera bastantes problemas interpretativos. Para comenzar, se refiere al control, dirección e instrucciones, sin especificar cuántos estándares está regulando y sin definir el contenido de cada uno de ellos.

En este trabajo se ha defendido que el artículo 8 diferencia dos estándares: el control y las instrucciones<sup>1303</sup>. El mayor problema del precepto consiste en determinar el contenido de la regla de control. Los Comentarios nada dicen al respecto. Si bien se remiten a la jurisprudencia la CIJ y el TPIY, no se decantan hacia la preferencia de un estándar concreto, limitándose a señalar que la apreciación del control debe hacerse caso a caso<sup>1304</sup>. La CDI ha dejado abierta la cuestión, probablemente porque consideró que en la práctica internacional no se había consolidado ningún estándar concreto sobre el control en concreto, con lo cual no se atrevió a tomar una posición en un debate que enfrentaba instituciones tan influyentes como la CIJ y el TPIY.

En el siguiente epígrafe se explicarán las razones en base a las cuales se prefiere el criterio del control global.

### **2.1.3.2. El control global como un estándar más cercano a la realidad**

La defensa del estándar de control global ha sido promovida sobre la base de diversos argumentos que pueden ser sistematizados en cuatro líneas generales. La primera de ellas, se basa en el fundamento del control y en la necesidad de que su contenido se ajuste a la realidad de los comportamientos estatales. La segunda línea argumentativa justifica la predilección del control global en relación a la tipología de organizaciones cuyos comportamientos deben ser atribuidos al Estado. El tercer argumento se fija en la vinculación que intercede entre el Estado y la organización

---

saber: 1) la naturaleza de la función ejercida por la organización; 2) el lugar de comisión del hecho ilícito; 3) la aquiescencia o la influencia del Estado en la comisión de ese hecho; y 4) la existencia de una relación formal entre el Estado y la organización, anterior o posterior al hecho ilícito. Por su parte, DE HOOGH, op. cit., pp. 266-267, 269-270 y 289-290, considera la aplicación de la completa dependencia depende de factores como el ejercicio de funciones de naturaleza pública por parte de la organización, el hecho de haber sido creada por el Estado o la persecución de sus mismos objetivos. Finalmente, MILANOVIĆ, “State Responsibility for Acts of Non-state Actors...”, cit., pp. 312 y 319, considera que el estándar de la completa dependencia se justifica en la existencia de una relación de “identidad” entre la organización y el órgano estatal, aunque no explica el contenido exacto de este vínculo.

<sup>1303</sup> Supra, § 2.1 del presente Capítulo.

<sup>1304</sup> PRIEHL, cit., art. 8, comentarios n° 3-5.

objeto de control. Finalmente, el cuarto argumento hará referencia a la actividad probatoria necesaria para activar la aplicación del criterio.

De acuerdo con la primera línea argumentativa, la *ratio juris* del estándar de control estriba en evitar que el Estado pueda burlar su responsabilidad internacional acudiendo a organizaciones externas a su estructura orgánica para que sean ellas quienes cometan los hechos internacionalmente ilícitos. Como bien apunta el TPIY en la sentencia *Tadić*, “a los Estados no les está permitido, por un lado, actuar a través de individuos de facto y por otro lado disociarse de semejantes conductas cuando esos individuos violan el Derecho internacional”<sup>1305</sup>.

A su vez, ANNONI ha señalado que “la razón principal por la que un Estado se sirve de semejantes grupos es, justamente, enmascarar sus propias actividades ilícitas: a las milicias irregulares, generalmente, se le confían tareas delicadas, como la de sedar los disturbios o acallar los opositores políticos, tareas que frecuentemente se llevan a cabo con medios ilícitos ante la indiferencia de las autoridades gubernativas, las que se esconden detrás de la pantalla de la no atribución al Estado de los actos de privados”<sup>1306</sup>.

También es acertada la crítica que JIMÉNEZ GARCÍA dirige contra la posición de la CIJ, al señalar que “[e]l endurecimiento de los criterios ha desequilibrado la balanza de la justicia a favor de la ficción jurídica y en contra de una calificación realista de los hechos. Esto no es ideal para comprender el papel de los grupos manipulados por

---

<sup>1305</sup> TPIY, *Tadić*, cit., párr. 117: “States are not allowed on the one hand to act de facto through individuals and on the other to disassociate themselves from such conduct when these individuals breach international law”. Cfr. *id.*, párrs. 93-94, 112 y especialmente 121 cuando afirma “the whole body of international law on State responsibility is based on a realistic concept of accountability [el Derecho internacional sobre la responsabilidad internacional en su conjunto está basado en una concepción realista de la responsabilidad]. Cfr. CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., Dissenting Opinion of Vice-President AL-KHASAWNEH, párr. 39. En doctrina, cfr. DE HOOGH, op. cit., p. 277; PALCHETTI, *L’organo di fatto dello Stato nell’ illecito internazionale*, cit., p. 261.

<sup>1306</sup> ANNONI, Alessandra. “La responsabilità internazionale dello Stato per sparizioni forzate”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 58, año 2005, fasc. 3, p. 676: “La ragione principale per cui uno Stato si serve di simili gruppi [é] proprio quella di mascherare le proprie attività illecite: alle milizie irregolari vengono generalmente affidati compiti delicati, come quello di sedare le rivolte o di mettere a tacere gli oppositori politici, compiti che spesso vengono portati a termine con mezzi illeciti nell’indifferenza delle autorità governative, le quali si nascondono dietro lo schermo dell’ inattribuibilità allo Stato delle atti di privati [...] É infatti difficilmente ipotizzabile che lo Stato, il quale utilizza i gruppi armati proprio al fine di celare le proprie responsabilità, si lasci poi sfuggire documenti o dichiarazioni dai quali desumere istruzioni o ordini precisi ai membri dei gruppi stessi”. Cfr. PALCHETTI, *L’organo di fatto dello Stato nell’ illecito internazionale*, cit., p. 261.

los Estados, de los poderes de facto, de las entidades no estatales que ejercen prerrogativas públicas, fenómenos cada vez más frecuentes en el mundo contemporáneo”<sup>1307</sup>. Por lo tanto, la reflexión teórica sobre la atribución no debería desatender esta lamentable y preocupante realidad.

Según la segunda línea de argumentos, los agentes no estatales que ejecutan hechos internacionalmente ilícitos en conexión con la actuación estatal pueden ser muy diversos en cuanto a su naturaleza y organización. La regla del control se aplica a una categoría de agentes que poseen un grado alto de organización y jerarquización interna<sup>1308</sup>.

Para BARTOLINI, tales características se condicen con la aplicación de un estándar flexible como el control global, porque el alto grado de organización justifica la imputabilidad de sus actuaciones si se demuestra un control general del Estado sobre el grupo<sup>1309</sup>. Respecto de un grupo de esa naturaleza puede presumirse que la actuación de uno de sus integrantes es un fiel reflejo de la voluntad del grupo, de modo que un control general sobre la organización justifica la atribución de todas sus actuaciones al Estado controlador<sup>1310</sup>. Según DE HOOGH, es excesivo exigir un estándar tan estricto como el control efectivo, porque es difícil que exista una fluidez de comunicaciones e instrucciones entre el Estado y una entidad que formalmente no pertenece a su estructura orgánica<sup>1311</sup>. En definitiva, el estándar del control global no mira a las actuaciones de la organización, sino a sus características organizativas<sup>1312</sup>.

Según un tercer grupo de argumentos, el control global se justifica en base al contenido del vínculo que media entre el Estado y la organización, vínculo que consiste en una actividad de coordinación y planificación del primero sobre la segunda. Para

---

<sup>1307</sup> JIMÉNEZ GARCÍA, “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida”, cit., p. 27.

<sup>1308</sup> Supra, § 2.1.1.1.2 del presente Capítulo.

<sup>1309</sup> BARTOLINI. “Organi di fatto e responsabilità internazionale...”, cit., pp. 464 y 472.

<sup>1310</sup> PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, op. cit., p. 151. El mismo argumento ha sido esbozado por el TIPY, AC, *Tadić*, cit., párr. 120: “Normally a member of the group does not act on his own but conforms to the standards prevailing in the group and is subject to the authority of the head of the group. Consequently, for the attribution to a State of acts of these groups it is sufficient to require that the group as a whole be under the overall control of the State” [Normalmente, un integrante del grupo no actúa por su propia cuenta, sino de conformidad con los estándares que prevalecen en el grupo y está sujeto a la autoridad del jefe del grupo. Por tanto, para la atribución de los actos de esos grupos al Estado, basta requerir que el grupo como un todo esté bajo el control de conjunto del Estado].

<sup>1311</sup> DE HOOGH, op. cit., pp. 280-281.

<sup>1312</sup> Íd., p. 263. Esta idea también la ha sostenido el TIPY, AC, *Tadić*, cit., párr. 137.

autores como CASSESE y DE HOOGH, si un Estado participa en la planificación general de las actividades de un grupo jerárquicamente organizado, le provee suministros y armamento, se preocupa de entrenarlo, lo abastece, lo financia y paga el sueldo a sus integrantes, parece difícil dudar de la existencia de una estrecha relación entre ambos que implica una participación activa del Estado en la ilicitud, justificándose la aplicación de un estándar flexible que refleje esta realidad<sup>1313</sup>. GRIEBEL y PLÜCKEN, agregan que no es necesario el control de todas las actuaciones de una organización para que un Estado pueda conseguir el resultado ilícito que perseguía<sup>1314</sup>.

Una última línea de argumentos se refiere a la prueba del control. El test de la completa dependencia y el del control efectivo llevan aparejadas una elevada dificultad probatoria<sup>1315</sup>. Esta dificultad incentiva a los Estados para recurrir a los agentes no estatales<sup>1316</sup>. La prueba del control efectivo es demasiado exigente, porque no es usual que los Estados dirijan formalmente todas y cada una de las operaciones de un grupo no estatal, limitándose al ejercicio de una influencia más general. Por lo tanto, es inadecuado analizar el material probatorio realizándose un fraccionamiento de las operaciones del grupo, especialmente si sus actuaciones han sido practicadas en un período prolongado de tiempo<sup>1317</sup>.

---

<sup>1313</sup> CASSESE. “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, cit., p. 661, especialmente, cuando señala que “*the nature of the state’s assistance and the characters of the group lead us to assume that any activity of the group is undertaken under the authority of the state*” [la naturaleza de la asistencia del Estado y las características del grupo, nos hacen suponer que cualquier actividad del grupo se emprende bajo la autoridad del Estado]; DE HOOGH, op. cit., pp. 290-291.

<sup>1314</sup> GRIEBEL/PLÜCKEN, op. cit., p. 620, opinando que la imposición de un test más flexible es más acorde con la búsqueda de una finalidad preventiva de hechos ilícitos. En contra, MILANOVIĆ, “State Responsibility for Acts of Non-state Actors...”, cit., p. 323, para quien son las normas primarias las que deben perseguir un efecto preventivo, advirtiendo además que no debe caerse en la tentación de infravalorar la autonomía y la importancia política de los agentes no estatales trasladando toda la responsabilidad al Estado.

<sup>1315</sup> SPINEDI, op. cit., pp. 422-423.

<sup>1316</sup> BARTOLINI. “Organi di fatto e responsabilità internazionale...”, cit., p. 439.

<sup>1317</sup> BARTOLINI. “Il concetto di «controllo» sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello stato”, cit., pp. 36-37. Cfr. PALCHETTI, *L’organo di fatto dello Stato nell’ illecito internazionale*, op. cit., pp. 106, 155-156 y 264-265, reconociendo que el test de control efectivo es difícil de probar y que es recomendable recurrir a un test más flexible, pero agregando que esta crítica confunde el problema del ámbito de aplicación de la regla de atribución con el de la prueba, ya que cualquier estándar puede ser aplicado a cualquier situación, no siendo lógico intentar restringir el campo de aplicación mediante el pretexto de la dificultad probatoria.



## **2.2. La imputabilidad de las desapariciones forzadas cometidas por un agente no estatal que actúa controlado o instruido por el Estado**

Este acápite tiene por objeto revisar la práctica internacional que, directa o indirectamente, se ha enfrentado al problema de la imputabilidad de las desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. El análisis de la práctica existente sobre esta materia es de esencial importancia para analizar si las reglas de atribución sobre el control y las instrucciones han sido o podrían ser aplicadas al fenómeno de la desaparición o si han sido otros los estándares de imputabilidad que han prevalecido en el *case law*.

Este análisis cobra importancia por el hecho de que el PRIEHII es relativamente reciente, resultando interesante investigar si en la casuística sobre la desaparición han permeado los criterios generales de imputabilidad o si se ha optado por otras soluciones. A lo largo de esta sección del trabajo se analizará la jurisprudencia más relevante en atención a estas reglas de atribución, se intentará sistematizar la práctica existente y, cuando se considere necesario, se plantearán reflexiones y valoraciones personales, con el fin de preparar el terreno para la construcción de conclusiones generales sobre la imputación de las desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.

En primer lugar, se reseñarán una serie de sentencias de la CorteIDH sobre violaciones cometidas por agrupaciones paramilitares. Luego, se hará referencia a los informes de Naciones Unidas sobre la situación de Darfur y la responsabilidad del Estado sudanés en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. A continuación, se repasará brevemente la sentencia *Chipre vs. Turquía* del TEDH. Finalmente, se pasará revista a una serie de casos sobre la política de entregas extraordinarias, anexando una reflexión sobre la eventual aplicación de la regla de las instrucciones.

### **2.2.1. La jurisprudencia de la CorteIDH sobre desapariciones forzadas cometidas por paramilitares y la aplicación del estándar de control**

La jurisprudencia de la CorteIDH representa una buena muestra de precedentes para analizar la aplicación de las reglas de atribución sobre las desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales. Una cuantiosa cantidad de sentencias dictadas por este tribunal se ha enfrentado al problema de atribuir al Estado las ilicitudes cometidas por agrupaciones paramilitares. El fenómeno del paramilitarismo en América Latina ha surgido en contextos de alta conflictividad social, principalmente, en situaciones de conflictos armados no internacionales. Desgraciadamente, los Estados han recurrido a la creación, apoyo, coordinación y control de agrupaciones paramilitares, cómo una táctica contrainsurgente para combatir los enemigos internos de turno, aunque en la práctica esta connivencia entre Estado y paramilitarismo ha producido graves violaciones a los derechos humanos en perjuicio de la población civil. Desde la mirada de la responsabilidad internacional, la utilización de grupos paramilitares representa el clásico supuesto en que un Estado, queriendo disfrazar su responsabilidad, manipula órganos externos a su estructura orgánica para que ejecuten hechos ilícitos.

A continuación, se estudiarán las sentencias de la CorteIDH relacionadas con casos de desapariciones forzadas que han contado con la participación de grupos paramilitares. Muchas de esas sentencias se refieren a “masacres”, un concepto de dudosa precisión jurídica, pero frecuentemente utilizado por la Corte para titular casos sobre violaciones a los derechos humanos ejecutadas con extrema violencia y afectando un gran número de víctimas<sup>1318</sup>. Sin embargo, CANÇADO TRINDADE resalta la plausibilidad de esta noción y afirma que *“el fenómeno de las masacres desafía cualquier intento de comprensión: no parece tener ningún significado o propósito, es profundamente inquietante, aparece como producto de la locura y la crueldad humana. Además, no se rige por los cánones de una “teoría general”: cada masacre – exterminación matanza de no combatientes, entre hombres y mujeres, niños y personas de edad avanzada, en general, totalmente indefensos– se comete en un determinado contexto histórico, político y cultural”*<sup>1319</sup>.

---

<sup>1318</sup> En efecto, no está claro a qué criterios atiende la CorteIDH para definir un caso como una masacre. En ese sentido, tiene razón CITRONI, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de masacres”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXI, 2005, p. 498, cuando reclama una mayor precisión en el uso de este concepto.

<sup>1319</sup> CANÇADO TRINDADE, *The Access of Individuals to International Justice*, cit., p. 179: *“the phenomenon of massacres challenges any attempt of comprehension: it does not seem to have any meaning or purpose, it is profoundly disturbing, it appears as product of human madness and cruelty. Furthermore it does not lend itself to attempts at ‘general theory’: each massacre –extermination of non-*

Pues bien, además de las sentencias sobre las masacres, también se aludirá a algunos casos sobre ejecuciones extrajudiciales de autoría paramilitar, debido a sus implicancias analógicas con la desaparición forzada. Para fines sistemáticos, en primer lugar se analizarán los precedentes relacionados con el paramilitarismo guatemalteco y en segundo lugar, los que se vinculan con el paramilitarismo colombiano.

### 2.2.1.1. El contexto guatemalteco

En Guatemala el paramilitarismo tuvo una fuerte presencia durante el conflicto armado interno que desde 1962 hasta 1996 asoló el país<sup>1320</sup>. Los paramilitares mantenían una fuerte vinculación con el Estado, actuando en connivencia con sus agentes. El paramilitarismo surgió como una estrategia “contrainsurgente” para el combate de la guerrilla, pero en los hechos, su actuación se tradujo en la comisión de terribles violaciones a los derechos humanos que afectaron, principalmente, a los integrantes del pueblo maya, pueblo que había sido calificado como un enemigo interno del Estado, por su supuesta colaboración con la guerrilla<sup>1321</sup>. Pues bien, los casos que serán objeto de análisis serán: *Blake, Masacres de Río Negro, Masacre de Plan de Sánchez y Chitay Nech*. El estudio de estas sentencias se centrará en las consideraciones sobre la atribución del hecho ilícito.

---

*combatants, among women and men, children and elderly people, in general entirely defenceless— is perpetrated in a given distinct historical, political and cultural context”.* Sobre el uso del lenguaje para fines propagandísticos en casos de masacres, vid. el mismo, *State Responsibility in Cases of Massacres...*, cit., pp. 6-ss. Para la COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN DE PERÚ. *Informe Final*, 9 vols. Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, 2003, t. VI, p. 103, una masacre es “*la ejecución arbitraria múltiple o asesinato múltiple cometido con gran crueldad contra personas en estado de indefensión en forma concurrente con otras modalidades de violaciones de los derechos humanos como torturas, mutilaciones u otras que se encuentren en las mismas circunstancias de tiempo y lugar. Con la finalidad de contar con un indicador cuantitativo para analizar las masacres desde el punto de vista estadístico, la CVR considerará como masacres aquellas ejecuciones múltiples de cinco o más víctimas. Esta definición significa la privación masiva o colectiva de la vida, por cualquier agente indistintamente, ya sea Estatal o miembro de una organización subversiva; destaca un elemento subjetivo clave para esta definición, que vendría a ser la gran crueldad con la que deben actuar los agentes, y asimismo otros elementos objetivos como el estado de indefensión de la víctima y la concurrencia con otras modalidades de violaciones de los derechos humanos”.*

<sup>1320</sup> CorteIDH, *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, cit., párr. 42.1.

<sup>1321</sup> Cfr. los siguientes precedentes de la CorteIDH: *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 58; *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párrs. 42.5-42.7; *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 66-67, destacando que las desapariciones cometidas contra personas de etnia maya perseguían la finalidad de amedrentar a los integrantes de ese pueblo indígena, con lo cual la práctica de la desaparición asumió una dimensión comunitaria más acentuada que en otros contextos.

### 2.2.1.1.1. Blake vs. Guatemala

El famoso caso *Blake vs Guatemala* se pronunció sobre la desaparición forzada de dos periodistas norteamericanos, Nicholas Blake y Griffith Davis, quienes fueron detenidos, interrogados y desaparecidos por las Patrullas de Autodefensa Civil (en adelante, PACs)<sup>1322</sup>. Esta sentencia dedica un apartado completo al tema de la “Imputabilidad”, reflexionando sobre la posibilidad de atribuir al Estado las actuaciones de los grupos paramilitares<sup>1323</sup>.

La argumentación de la sentencia no permite entender si el estándar de imputabilidad aplicado al caso fue el control global o la teoría de los órganos *de facto*<sup>1324</sup>. Lo cierto es que la imputación se fundamentó en la existencia de una relación institucional entre el Estado y las PACs. En efecto, se acreditó que el Ejército entrenaba a los paramilitares, les proporcionaba armamentos y otros recursos y apoyaba el conjunto de sus actividades. Además, el carácter institucional de esa relación tenía fundamento legal en un decreto legislativo que regulaba la actuación de estos grupos y su colaboración con el Estado. Finalmente, la vinculación institucional entre ambas entidades se reconoció en los acuerdos de paz suscritos entre Guatemala y las agrupaciones paramilitares<sup>1325</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, en el proceso ante la CorteIDH se logró demostrar que las PACs habían asesinado a las víctimas por orden expresa del ejército estatal<sup>1326</sup>.

Los hechos de caso demuestran que hubiera sido plausible aplicar la regla de las instrucciones o del control de conjunto. Sin embargo, la Corte no fue suficientemente clara en la identificación del criterio de imputabilidad.

---

<sup>1322</sup> Sobre los hechos del caso, vid. CorteIDH, *Blake vs. Guatemala*. Fondo, cit., párr. 52.

<sup>1323</sup> Íd., párrs. 68-78.

<sup>1324</sup> La doctrina ha interpretado de diversas maneras este precedente. Según HESSBRUEGGE, op. cit., pp. 53 y 58; PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., pp. 121 (especialmente la n. 167) y 224-225 y VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 253-254, la CorteIDH aplicó la tesis de los órganos *de facto*. En cambio, según ANNONI, op. cit., p. 675 y n. 36 y MARKS/AZIZI, op. cit., pp. 727-728, la regla aplicada fue el control global.

<sup>1325</sup> CorteIDH, *Blake vs. Guatemala*. Fondo, cit., párrs. 75-78.

<sup>1326</sup> Íd., párrs. 52.a), 52.p) y 76.

#### **2.2.1.1.2. Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala**

Este caso se refiere a la ejecución extrajudicial masiva de 268 personas de etnia maya Achí, ocurrida en la aldea de Plan de Sánchez. La masacre fue cometida durante un operativo militar que contó con la participación del ejército, las PACs y los “judiciales”, esto es, un grupo no estatal que operaba como cuerpo de investigación de la Policía y que pese a haber dejado de existir oficialmente con anterioridad a la masacre, continuó funcionando *de facto* como entidad asociada al Departamento de Inteligencia Militar<sup>1327</sup>.

La Corte no profundizó sobre las vinculaciones existentes entre estas agrupaciones y el Estado. Tampoco emprendió un análisis técnico sobre la imputabilidad, limitando sus consideraciones a la individualización de los derechos humanos vulnerados. Quizás el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado y la prueba de su intervención directa en la masacre influyeron en estas omisiones argumentativas, dado que ambos antecedentes fundamentan sobradamente la responsabilidad estatal<sup>1328</sup>.

De todas formas, considerando el contexto de comisión de la masacre y el hecho de que el operativo se ejecutó conjuntamente por agentes estatales y no estatales, cabe suponer que ambas categorías de agentes estaban vinculados por una fuerte relación. También en este caso, los antecedentes de hecho habilitaban a la Corte para la aplicación del estándar del control global.

#### **2.2.1.1.3. Chitay Nech y otros vs. Guatemala**

Esta sentencia se refiere a la desaparición forzada de Florencio Chitay Nech, indígena maya kaqchikel, que ocupó el cargo de alcalde municipal en San Martín de Jilotepeque<sup>1329</sup>. En la sentencia no se especifica si los autores materiales del hecho fueron sujetos estatales o no estatales, indicándose vagamente que la desaparición fue

---

<sup>1327</sup> CorteIDH, *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, cit., párr. 42.17.

<sup>1328</sup> Íd., párrs. 35-41.

<sup>1329</sup> Para la consulta de los hechos, vid. CorteIDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, cit., párrs. 70-79.

ejecutada por “*un grupo de hombres armados*”<sup>1330</sup>. La única consideración de la sentencia dedicada a la imputación estimó “*suficientemente acreditado que Florencio Chitay Nech fue detenido por agentes del Estado o por particulares que actuaron con su aquiescencia*”<sup>1331</sup>.

De todas formas, la Corte concluyó que el Estado prestó su aquiescencia en la comisión de la desaparición, aludiendo al contexto en que se insertaba la comisión del hecho. En el proceso se pudo acreditar la existencia de una política de desapariciones en perjuicio de los líderes indígenas, que tenía por finalidad desarticular la participación política de los integrantes del pueblo maya<sup>1332</sup>. Esta situación de vulnerabilidad de los líderes políticos mayas fue suficiente para que la Corte considerare acreditada la aquiescencia estatal en la desaparición.

Es difícil interpretar qué ha entendido la Corte por aquiescencia, porque la sentencia no contiene una conceptualización del término. Podría inferirse que la aquiescencia ha sido utilizada como un estándar de diligencia debida para responsabilizar al Estado por no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir la desaparición. Sea como fuere, se trata de un precedente en que el contexto de ejecución de los hechos ha tenido mucha importancia para los efectos de justificar la responsabilidad estatal, pese a no haberse identificado con precisión si los autores del hecho eran agentes del Estado.

#### **2.2.1.1.4. Masacres de Río Negro vs. Guatemala**

Otro caso vinculado con el paramilitarismo guatemalteco es *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, que se pronunció sobre cinco masacres perpetradas por el Ejército

---

<sup>1330</sup> Íd., párr. 75.

<sup>1331</sup> Íd., párr. 91.

<sup>1332</sup> De hecho, Chitay Nech había sido elegido como segundo concejal y sólo asumió el cargo después de que el alcalde democráticamente elegido y el primer concejal fueran desaparecidos. Íd., párrs. 72-74. Este contexto persecutorio permitió a la CorteIDH considerar que la desaparición de Chitay Nech conllevó la vulneración de su derecho a la participación política en representación de su comunidad. Íd., párrs. 106-117.

de Guatemala y las PACs contra miembros de la comunidad maya achí de Río Negro<sup>1333</sup>.

El caso resulta interesante porque algunas de esas masacres fueron cometidas por integrantes de otra comunidad indígena, la comunidad Xoxoc, que tras declararse enemiga de la comunidad de Río Negro, fue organizada por el ejército en varias patrullas de autodefensa<sup>1334</sup>.

Sin embargo, es decepcionante que la sentencia no haya profundizado sobre los vínculos que mediaban entre la comunidad Xococ organizada como agrupación paramilitar y el Estado. De hecho, un solo párrafo del fallo se refiere muy escuetamente a esta cuestión, aplicando un razonamiento propio del estándar de la diligencia debida, según el cual *“el Tribunal ha reconocido 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 al derecho a la integridad personal y a la vida, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos violatorios en el caso concreto”*<sup>1335</sup>.

Una vez más se repite la falta de argumentación sobre el estándar de imputación, aunque parece ser que la CorteIDH optó por la diligencia debida. También en este caso era plausible la aplicación del control global en relación a la conexión existente entre la comunidad Xoxox y el Estado.

### **2.2.1.2. El contexto colombiano**

Otro país latinoamericano que ha sido y sigue siendo asolado por el paramilitarismo es Colombia. La proliferación de las agrupaciones paramilitares se inició durante la década de los sesenta a causa de una política estatal que promovió la constitución de esas agrupaciones, permitiendo a los particulares organizarse como grupos armados de autodefensa para el combate de la guerrilla. La creación de estas

---

<sup>1333</sup> Para el detalle de los hechos en relación a cada una de las masacres, vid. CorteIDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, cit., párrs. 65-81.

<sup>1334</sup> Íd., párr. 70.

<sup>1335</sup> Íd., párr. 117.

organizaciones fue respaldada normativamente mediante un abanico de leyes y decretos que regulaban su constitución, actividad y relación con el Estado<sup>1336</sup>.

Como si lo anterior no fuere suficiente, el Estado también proporcionó entrenamiento, apoyo logístico, armamento y pertrechos a los paramilitares, sin perjuicio de compartir con ellos la finalidad común de combatir a la guerrilla. En la práctica, las fuerzas de seguridad del Estado y las agrupaciones paramilitares actuaban en connivencia, distribuyéndose los roles en la ejecución de operativos militares que han causado graves y atroces violaciones a los derechos humanos en perjuicio de la población<sup>1337</sup>.

Con el transcurso del tiempo, las organizaciones paramilitares se acapararon el control de una gran porción del territorio y establecieron vínculos con la política dando lugar a la denominada *parapolítica*. Actualmente, mantienen un gran poder por el hecho de ser una organización armada y ejercer un ingente poder económico<sup>1338</sup>.

El Estado colombiano comenzó a hacerse cargo de la desmovilización de estos grupos sólo a partir de los años ochenta. En una primera fase, se procedió a la prohibición y penalización de los grupos y luego, en una segunda fase, se implementaron incentivos para la desmilitarización<sup>1339</sup>. Sin embargo, estas nuevas políticas no consiguieron la desmovilización total de las agrupaciones paramilitares, ni diluyeron la relación que mantenían con el Estado. Como demuestra la jurisprudencia de la CorteIDH, el ejército continuó actuando en connivencia con estos agentes, aportando una colaboración significativa para el despliegue de sus acciones. Las sentencias que serán revisadas a propósito del contexto colombiano son *19 comerciantes, Masacre de Mapiripán, Masacre de Pueblo Bello, Masacres de Ituango, Masacre de La Rochela y Valle Jaramillo*.

---

<sup>1336</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párr. 84.a); *Masacres de Ituango vs. Colombia*, cit., párr. 125.1; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 95.1; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 96.1; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, cit., párr. 78; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párrs. 75-76.

<sup>1337</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párr. 84.b); *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 95.2; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 96.2.

<sup>1338</sup> Algunos apuntes sobre el paramilitarismo colombiano pueden consultarse en GÓMEZ ISA, “Desmovilización paramilitar en Colombia...”, cit., pp. 12 y 15.

<sup>1339</sup> Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párrs. 84.c)-84 h); *Masacres de Ituango vs. Colombia*, cit., párr. 125.2-125.24; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 95.3-95.20; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párrs. 96.3-96.19; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, cit., párrs. 85-87.



### 2.2.1.2.1. 19 comerciantes vs. Colombia

La sentencia del caso *19 comerciantes vs. Colombia* se pronunció sobre la desaparición forzada y ejecución extrajudicial cometida por la agrupación paramilitar Asociación de Campesinos y Ganaderos del Magdalena Medio (en adelante, ACDEGAM) en perjuicio de 19 personas que, supuestamente, comercializaban con la guerrilla<sup>1340</sup>.

En cuanto a la relación entre la agrupación paramilitar y el Estado, la sentencia consideró demostrado que la legislación sobre los grupos paramilitares que estaba vigente al momento de los hechos, tuvo por objeto promover la organización de este tipo de grupos, a quienes además el Estado proporcionó apoyo logístico y permitió la tenencia de armas<sup>1341</sup>. La Corte destacó que la ACDEGAM actuaba con la colaboración o aquiescencia de las autoridades militares de la zona, que incluso apoyaron la preparación de la detención de las víctimas<sup>1342</sup>. También se probó que la operación fue previamente planificada en una reunión realizada con la aquiescencia de algunos oficiales del ejército<sup>1343</sup>.

En cuanto a la argumentación técnica sobre los estándares de atribución, la Corte se refirió resumidamente al principio de unidad del Estado y al estándar de diligencia debida en los siguientes términos: “[e]s un principio básico del Derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, la Corte ha considerado que «un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la

---

<sup>1340</sup> Para el detalle de los hechos, vid. CorteIDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párrs. 85.a)-85 m).

<sup>1341</sup> Íd., párrs. 84.a), 116, 118, 120, 121, 126 y 129-134.

<sup>1342</sup> Íd., párrs. 86.b), 127, 135 y 138.

<sup>1343</sup> Íd., párrs. 85.b), 126 y 135.

*Convención»*<sup>1344</sup>. Por ende, a pesar de que los antecedentes de hecho podrían haber habilitado la aplicación del estándar de control, la Corte prefirió fundamentar la atribución en la falta de diligencia debida<sup>1345</sup>.

#### **2.2.1.2.2. Masacre de Mapiripán vs. Colombia**

*Masacre de Mapiripán vs. Colombia* es una sentencia que se refiere a la desaparición forzada de una cincuentena de personas cometidas por la Autodefensas Unidas de Colombia (en adelante, AUC). Se trata de un precedente que refleja exhaustivamente la relación que emparentaba los paramilitares con el Estado.

La masacre ocurrió en una zona fuertemente militarizada hacia la que se había movilizado el Ejército y la Infantería de Marina. Se trató de una acción cuidadosa y premeditadamente planificada en una reunión previa. La colaboración del Ejército fue ampliamente acreditada. Los paramilitares llegaron a la zona en un vuelo irregular desplazándose con un avión aparentemente proporcionado por el Ejército. A pesar de que el aeropuerto era controlado por autoridades militares estatales, los paramilitares no fueron sometidos a ninguna clase de control. El Ejército colaboró con la logística y las comunicaciones y proporcionó pertrechos, uniformes, armamento y vehículos para el desplazamiento del comando. El grupo paramilitar recorrió rutas terrestres y fluviales sin ser sometido a ninguna clase control, pese a la vigilancia imperante en el lugar. Algunos días antes de la masacre, las unidades militares que custodiaban la zona recibieron la orden de desplazarse hacia otro lugar sin motivo alguno, dejando desprotegida a la población<sup>1346</sup>.

Sobre la base de estos hechos, la Corte concluyó que “[l]a *incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto minuciosamente planeado desde varios meses antes de la masacre, ejecutado con provisiones logísticas y con la colaboración, aquiescencia y omisión de miembros del Ejército. La participación de agentes del Estado en la masacre no se limitó solamente a facilitar el ingreso de las AUC a la región, ya que las autoridades tuvieron conocimiento del ataque perpetrado contra la*

---

<sup>1344</sup> Íd., párr. 140. Cfr. MANERO SALVADOR, op. cit., pp. 123-124.

<sup>1345</sup> PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, op. cit., pp. 225-226.

<sup>1346</sup> Los hechos del caso, brevemente resumidos en el cuerpo del texto, están detalladamente descritos en CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párrs. 96.21-96.67 y 116.

*población civil en Mapiripán y omitieron adoptar las medidas necesarias para proteger a los miembros de la comunidad. Las omisiones de la VII Brigada no se equiparaban a un simple incumplimiento de su deber legal de controlar la zona, sino que, [...] involucró «abstenciones en necesaria connivencia con la agrupación armada ilegal, así como en actitudes positivas eficaces tendientes a que los paramilitares logaran su propósito, pues indudablemente sin ese concurso no hubieran logrado actuar»<sup>1347</sup>. Por ende, la conexión entre Estado y paramilitares fue probada de una manera irrefutable.*

La sentencia tiene interés por su referencia a las reglas de atribución. El Estado colombiano alegó en su defensa que aceptaba la responsabilidad sólo respecto de las actuaciones de los agentes estatales, rechazando la imputación de los comportamientos realizados por los paramilitares. Para justificar este planteamiento, el Estado argumentó que debían aplicarse las reglas generales del Derecho internacional sobre la atribución, ya que la CADH no contemplaba disposiciones específicas sobre el tópico. Tras la exposición de este punto, la defensa condujo astutamente la línea de su argumentación hacia la temática del control, alegando que el Estado no había detentado un control efectivo sobre la comisión de la masacre y que “*los grupos de autodefensa tienen completa autonomía organizacional y financiera, tienen una estructura con sus propios mandos y dirigentes a quienes sus miembros reconocen como la «Autoridad de la Organización», lo cual implica el total desconocimiento de las autoridades legítimamente constituidas y constitucionalmente reconocidas, y los ubica por fuera de la institucionalidad del Estado en su estructura y financiamiento*”<sup>1348</sup>.

Como era de esperar, la CorteIDH rechazó los principales argumentos de la defensa. Sostuvo que la CADH tiene un carácter especial en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos y que consagra sus propias reglas de imputación en los artículos 1 y 2, relativos a las obligaciones de respeto y garantía. De esa manera, la CADH es una “*lex specialis en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos vis-à-vis el Derecho internacional general. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad internacional al*

---

<sup>1347</sup> Íd., párrs. 96.43-96.44.

<sup>1348</sup> Íd., párr. 97.

*Estado, así como los alcances y efectos del reconocimiento realizado en el presente caso, deben ser efectuados a la luz de la propia Convención”*<sup>1349</sup>.

En cuanto al estándar de atribución, la Corte recurrió a la diligencia debida, destacando que su consagración normativa en la CADH deriva de las obligaciones generales de respeto y garantía. El carácter *erga omnes* de dichas obligaciones habilita la extensión de su ámbito de aplicación a las violaciones de derechos humanos cometidas por particulares<sup>1350</sup>.

A propósito de los agentes no estatales, también cabe destacar la referencia que la Corte hizo al Derecho internacional humanitario, argumentando que sus normas pueden ser utilizadas para una mejor interpretación de la CADH, ya que esa rama del Derecho internacional consagra obligaciones generales de respeto y garantía que prohíben al Estado incurrir en violaciones de derechos humanos en perjuicio de la población y le obliga a la implementación de medidas positivas para prevenir que sujetos no estatales afecten tales derechos<sup>1351</sup>.

La sentencia sostuvo que no se había acreditado que masacre hubiere sido dirigida por el Estado. Tampoco se había probado la existencia de una relación de dependencia entre los paramilitares y el Estado, aunque “*surge claramente que tanto las conductas de sus propios agentes como las de los miembros de grupos paramilitares son atribuibles a Colombia en la medida en que éstos actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado*”, de modo que si “*los actos cometidos por los paramilitares contra las víctimas del presente caso no pueden ser caracterizados como meros hechos entre particulares, por estar vinculados con conductas activas y omisivas de funcionarios estatales, la atribución de responsabilidad al Estado por dichos actos radica en el incumplimiento de sus obligaciones convencionales erga omnes de asegurar la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones inter-individuales*”<sup>1352</sup>. Con estas afirmaciones, la Corte entendió que la responsabilidad del Estado no se configuraba por su participación material en los

---

<sup>1349</sup> Íd., párr. 107. Vid. también párrs. 108-110.

<sup>1350</sup> Íd., párrs. 111-112, cuestión también desarrollada en profundidad en el voto razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 17-29.

<sup>1351</sup> Íd., párrs. 114-115.

<sup>1352</sup> Íd., párrs. 120 y 123, respectivamente.

hechos, sino que por la falta de diligencia debida en la protección de los derechos de sus ciudadanos frente a la actuación de sujetos particulares.

A diferencia de los precedentes anteriores, la argumentación de esta sentencia abordó la cuestión de la atribución desde una perspectiva teórica y técnica. La Corte consideró que la CADH contempla sus propias reglas de atribución, derivadas de las obligaciones generales de respeto y garantía y que tales reglas configuran una *lex specialis* de cara al régimen general de la responsabilidad internacional. En cuanto al estándar de atribución, la sentencia optó por la diligencia debida y la revistió de un sustento normativo. El tratamiento específico de la atribución representa un avance con respecto a la jurisprudencia anterior. Sin embargo, no debe perderse el sentido crítico, porque la Corte, como de costumbre, no aplicó un estándar que reflejare debidamente la intensa vinculación existente entre el Estado y los paramilitares.

#### **2.2.1.2.3. Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia**

La sentencia sobre la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* se pronunció sobre la matanza cometida por la agrupación paramilitar “Los Tangueros” en perjuicio de los habitantes de Pueblo Bello, quienes fueron atacados debido a su presunta colaboración con la guerrilla en el robo de algunas cabezas de ganado desde la finca de Fidel Castaño Gil, el temible jefe de la mencionada agrupación paramilitar. La masacre se llevó a cabo mediante una violenta incursión de un comando de sesenta efectivos paramilitares que procedió a secuestrar a cuarenta y tres personas. Las víctimas fueron transportadas en dos camiones a través de una zona geográfica declarada en emergencia y de operaciones militares y, por tanto, con una considerable presencia de militares estatales. De hecho, en ese trayecto funcionaba un retén militar que controlaba el tránsito de vehículos y personas. El traslado de las víctimas se realizó en una franja horaria durante la cual el camino estaba cerrado al tránsito por motivos de seguridad. Pese a todas estas circunstancias, los paramilitares y las víctimas pudieron desplazarse libremente a lo largo de esa ruta, sin ser detenidos ni controlados<sup>1353</sup>.

---

<sup>1353</sup> Para el detalle de los hechos, vid. CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 95.30-95.44 y 109.

A diferencia del caso anterior, la CorteIDH consideró que no había prueba suficiente para concluir que el Estado hubiere participado materialmente en la comisión de la masacre. En efecto, la única prueba en ese sentido era la declaración de un testigo que afirmaba haber visto a unos efectivos del ejército junto con los paramilitares. Sin embargo, la Corte consideró que esta prueba no pudo ser corroborada con el resto del acervo probatorio del proceso<sup>1354</sup>.

Ante la ausencia de participación directa del Estado en la masacre, la CorteIDH recurrió a la diligencia debida para la fundamentación de una responsabilidad por infracción del deber de prevención ante la actuación de particulares<sup>1355</sup>. Una vez más la Corte defendió el carácter de *lex specialis* de las reglas sobre responsabilidad internacional contenidas en la CADH. En efecto, el Estado colombiano había alegado que la imputabilidad del hecho internacionalmente ilícito es una operación que se regía por un *numerus clausus* de reglas determinadas por el Derecho internacional. Sin embargo, la Corte rechazó tajantemente esta tesis, argumentando que las modalidades fácticas de violación a los derechos humanos pueden asumir formas muy diversas, de modo que un sistema cerrado de reglas de imputabilidad sería ilusorio<sup>1356</sup>. El juez CANÇADO TRINDADE agregó en su voto razonado que la “*atribución debe tener presentes las circunstancias factuales, que varían de caso a caso. No es, pues, una operación mecánica, que pueda regirse por numerus clausus [...]. La atribución de responsabilidad internacional a un Estado se efectúa mediante una operación mental juiciosa de los integrantes del órgano judicial internacional competente, después de la cuidadosa determinación de los hechos del caso concreto; no se trata de una simple aplicación mecánica de determinadas formulaciones de preceptos que, de todos modos, se revisten de carácter supletivo*”<sup>1357</sup>.

Aclarado lo anterior, la CorteIDH consideró que la procedencia del estándar de diligencia debida se deduce de una interpretación flexible de las obligaciones de respeto y garantía<sup>1358</sup>. La diligencia debida fue aplicada a propósito del derecho a la vida, argumentándose que el Estado tenía la obligación de prevenir su afectación, adoptando

---

<sup>1354</sup> Íd., párrs. 66.b), 70, 136 y 140.

<sup>1355</sup> Para un comentario sobre la aplicación de la debida diligencia en esta sentencia, cfr. MANERO SALVADOR, op. cit., p. 124; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 414-421.

<sup>1356</sup> CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 116.

<sup>1357</sup> Íd., voto razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 12.

<sup>1358</sup> Íd., párrs. 111-113 y voto razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párrs. 5-8.

las medidas razonables de carácter legislativo, administrativo y judicial para evitar que los paramilitares vulnerasen ese derecho<sup>1359</sup>.

Este enfoque de la responsabilidad internacional refleja la influencia de la jurisprudencia del TEDH sobre las acciones positivas que deben adoptar los Estados para prevenir, investigar y sancionar las ilicitudes cometidas por particulares que vulneran el derecho a la vida. Esta jurisprudencia del TEDH será analizada en profundidad más adelante. Por ahora, basta con aclarar que en ese grupo de precedentes, el TEDH elaboró una teoría para los efectos de responsabilizar al Estado por algunas ilicitudes cometidas por agentes no estatales. De acuerdo con los requisitos de esta teoría, el Estado es responsable si no ha adoptado las medidas razonables para prevenir o sancionar el hecho, habiendo conocido o debiendo conocer el riesgo al que estaba sometida la víctima<sup>1360</sup>.

Aplicando esa teoría, la CorteIDH valoró si el Estado demandado estaba consciente del riesgo que afectaba a la población de Pueblo Bello y si adoptó las medidas razonables para evitar la masacre<sup>1361</sup>.

Según sus conclusiones, el Estado colombiano conocía la situación de riesgo que vivía la población de la zona, dado que existía una probabilidad concreta de que sufrieran violaciones a los derechos humanos a causa de las actuaciones de los paramilitares. Para alcanzar esta conclusión, la Corte tomó en cuenta algunas medidas adoptadas por el Estado en ese contexto, específicamente, la creación de una brigada militar a la que encomendó la custodia de esos parajes y la emisión de un decreto cuyo objetivo era el restablecimiento del orden público, creando para ese fin una Jefatura Militar<sup>1362</sup>. Si el Estado había implementado medidas de ese carácter, cabía inferir que estaba al corriente del riesgo existente en la región.

La Corte agregó que el Estado había contribuido activamente a crear el riesgo debido a su contribución en la organización, legalización, apoyo y proliferación de los grupos paramilitares<sup>1363</sup>. Además, en la sentencia se hace alusión a la situación

---

<sup>1359</sup> Íd., párr. 120.

<sup>1360</sup> Vid. Capítulo VIII, § 3. Sobre la influencia del TEDH en la sentencia sobre la *Masacre de Pueblo Bello*, vid. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 414.

<sup>1361</sup> CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 123-124.

<sup>1362</sup> Íd., párrs. 95.6, 95.7, 95.26 y 125.

<sup>1363</sup> Íd., párr. 126.

imperante en el lugar y época de los hechos, que se caracterizaba por un patrón masivo de violaciones a los derechos humanos cometidas por paramilitares, en muchas ocasiones, con la connivencia de las fuerzas de seguridad del Estado<sup>1364</sup>. Todas estas circunstancias contextuales fueron estimadas suficientes para la demostración de la consciencia del riesgo, aunque en el proceso no se acreditó que las autoridades estatales conocieran la fecha del ataque o sus modalidades, ni que la población de Pueblo Bello hubiere recibido amenazas previas<sup>1365</sup>.

En relación con la idoneidad de las medidas adoptadas, la Corte consideró que no habían sido suficientes para prevenir el riesgo<sup>1366</sup>. En la sentencia se explica que la declaración de ilegalidad de los grupos paramilitares resultó ineficaz para la prevención de la masacre. La CorteIDH especificó que *“la declaratoria de ilegalidad de los grupos paramilitares implicaba que el Estado dirigiera sus acciones de control y seguridad también contra aquéllos y no solamente contra la guerrilla. De manera que si, tal como lo alega el Estado, en ese momento y en esa zona sus fuerzas de seguridad dirigían todo su accionar contra grupos guerrilleros, ello significaría que el Estado descuidó esos otros deberes de prevención y protección de los habitantes de esa zona respecto de los grupos paramilitares. En este tipo de situaciones, de violencia sistemática y de graves violaciones de los derechos en cuestión, en una zona declarada de emergencia y de operaciones militares [...], los deberes de adoptar medidas positivas de prevención y protección a cargo del Estado se ven acentuados y revestidos de importancia cardinal en el marco de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención”*<sup>1367</sup>.

El contexto también jugó un papel relevante para la valoración de la razonabilidad de las medidas. Así, era difícil explicar cómo había podido desplegarse un operativo militar de esa envergadura en una zona que contaba con la presencia del ejército y donde funcionaban retenes y puestos de control a lo largo de las principales vías de comunicación. Asimismo, era difícil explicar cómo el Estado no había sido capaz de prevenir un operativo que había implicado la movilización de una gran cantidad de efectivos y el secuestro y asesinato de un gran número de víctimas<sup>1368</sup>.

---

<sup>1364</sup> Íd., párr. 128-130.

<sup>1365</sup> Íd., párr. 135.

<sup>1366</sup> Íd., párr. 126.

<sup>1367</sup> Íd., párr. 134. Vid. también párr. 127.

<sup>1368</sup> Íd., párrs. 138-140.



En base a todo lo anterior y pese a la falta de pruebas que demostraren la dirección de la operación por parte del Estado o que acreditaran un nexo entre éste y la agrupación paramilitar, la Corte concluyó que la masacre no podría haberse llevado a cabo si el Estado hubiera adoptado las medidas adecuadas y razonables para la protección de la población<sup>1369</sup>.

La importancia de esta sentencia estriba en su razonamiento sobre los requisitos que deben satisfacerse para la aplicación del estándar de diligencia debida, cuestión que no había sido abordada con ese nivel de detalle en otras sentencias<sup>1370</sup>. La CorteIDH aplicó al pie de la letra la teoría de las acciones positivas desarrollada por el TEDH. En esta ocasión, la falta de prueba sobre la participación estatal en el hecho podría justificar la utilización de la diligencia debida. Sin embargo, no debe olvidarse que en la jurisprudencia anterior de la CorteIDH se habían demostrado las conexiones que mediaban entre el paramilitarismo y el Estado. Por tanto, aunque en este caso concreto no era posible probar la participación directa del Estado, el análisis global de los antecedentes y de la situación estructural de violencia que se vivía en la región podría haberse considerado suficiente para la aplicación de un estándar de control.

#### **2.2.1.2.4. Masacres de Ituango vs. Colombia**

El caso sobre las *Masacres de Ituango vs. Colombia* se pronunció sobre dos masacres cometidas por paramilitares, la primera en el corregimiento de La Granja y la segunda, en el corregimiento de El Aro, ambos pertenecientes al municipio de Ituango, ubicado en una zona con una fuerte presencia militar estatal<sup>1371</sup>.

En cuanto a la relación entre el Estado y el grupo paramilitar, también en este caso se probó que un día antes de la primera masacre se ordenó el desplazamiento del batallón del ejército que presidiaba la zona sin la concurrencia de un motivo justificado<sup>1372</sup>. En relación a la segunda masacre, se acreditó que el Estado omitió adoptar medidas de protección adecuadas, pese a que miembros de la sociedad civil

---

<sup>1369</sup> Íd., párrs. 140 y 151.

<sup>1370</sup> Sobre la aplicación de la diligencia debida en esta sentencia vid. CANÇADO TRINDADE, *The Access of Individuals to International Justice*, cit., pp. 158-159.

<sup>1371</sup> CorteIDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia*, cit., párrs. 125.30-125.40.

<sup>1372</sup> Íd., párr. 125.32.

habían advertido a las autoridades competentes de la presencia de grupos paramilitares en la zona y del peligro inminente de otras incursiones<sup>1373</sup>. Además, la segunda masacre fue planificada en una reunión previa en la que participaron los altos mandos de la agrupación paramilitar autora del hecho y del batallón militar estatal presente en la zona<sup>1374</sup>. Tras la masacre, los paramilitares procedieron a la sustracción de más de mil cabezas de ganado y sometieron a los pobladores de la zona a un régimen de servidumbre que se prolongó durante meses<sup>1375</sup>. Para facilitar esta sustracción, el ejército decretó un toque de queda e impuso el cierre de los locales comerciales nocturnos, permitiendo la evacuación del ganado por la vía pública y evitando la presencia de testigos<sup>1376</sup>.

Es evidente, por tanto, que el Estado mantenía una fuerte vinculación con el grupo paramilitar y que colaboró en la comisión de la masacre. Pese a esta fuerte conexión, el razonamiento de la Corte sobre la atribución se basó esencialmente en el estándar de la diligencia debida, criterio aplicado para imputar la vulneración del derecho a la vida. Según la sentencia, el Estado tenía la obligación de prevenir la afectación de este derecho intentando evitar que sus propios agentes y los particulares lo vulnerasen y adoptando medidas razonables para tal efecto<sup>1377</sup>.

Sin embargo, las medidas implementadas por el Estado fueron consideradas insuficientes por la Corte, porque *“no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido a crear. Con la interpretación que durante años se le dio al marco legal, el Estado propició la creación de grupos de autodefensas con fines específicos [...] La declaratoria de ilegalidad de éstos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Esta situación de riesgo, mientras subsista, acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares, así como la obligación de investigar con*

---

<sup>1373</sup> De hecho, la masacre de El Aro tuvo lugar sólo dieciséis meses después de la masacre de La Granja. *Íd.*, párrs. 122.55-122.57

<sup>1374</sup> *Íd.*, párr. 122.56.

<sup>1375</sup> Para el detalle de los hechos relativos a esta sustracción *íd.*, párrs. 125.82-125.86.

<sup>1376</sup> *Íd.*, párrs. 125.85 y 150.

<sup>1377</sup> *Íd.*, párrs. 129 y 131.

*toda diligencia actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil*”<sup>1378</sup>.

La responsabilidad del Estado también se configuró por “*actos de omisión, aquiescencia y colaboración por parte de miembros de la Fuerza Pública*”<sup>1379</sup>. En efecto, “*está comprobado que agentes estatales tenían pleno conocimiento de las actividades de terror realizadas por estos grupos paramilitares [...]. Lejos de tomar acciones para proteger a la población, miembros del Ejército nacional no sólo prestaron su aquiescencia a los actos perpetrados por los paramilitares, sino que también se produjeron instancias de participación y colaboración directa. Efectivamente, la participación de agentes del Estado en la incursión armada no se limitó a facilitar el ingreso de los paramilitares a la región, sino que también omitieron asistir a la población civil durante el desarrollo de aquélla, resultando así en la total indefensión de éstos*”<sup>1380</sup>.

En la argumentación sobre la atribución, la Corte consideró especialmente importante la participación del Estado en la creación del riesgo. En opinión de ABRAMOVICH, procediendo de esa manera, la sentencia aplicó la *doctrina del riesgo creado*, según la cual “*el Estado está obligado a proteger frente a un riesgo que él mismo creó, y tiene un deber particular de desactivar la situación de riesgo que ha engendrado directamente*”<sup>1381</sup>. En el fondo, la participación en la creación del riesgo constituye un antecedente fáctico que repercute en la valoración de la diligencia debida, sobre todo respecto del conocimiento que el Estado pudo haber tenido del riesgo y de la razonabilidad de las medidas adoptadas. Si el Estado contribuyó a crear un riesgo debe inferirse que estaba en conocimiento del mismo y que debía evitar su materialización.

Esta apreciación habilita una importante reflexión sobre el papel del Estado en la creación o mantenimiento de situaciones estructurales potencialmente riesgosas para los derechos de sus ciudadanos. Los Estados no siempre deben ser vistos como sujetos absolutamente extraños a los ilícitos cometidos por particulares. Debe analizarse en cada caso concreto si el Estado ha contribuido con sus políticas, acciones o

---

<sup>1378</sup> Íd., párr. 134.

<sup>1379</sup> Íd., párrs. 131 y 150.

<sup>1380</sup> Íd., párr. 133.

<sup>1381</sup> ABRAMOVICH, Víctor. “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 6, 2010, pp. 175-176.

comportamientos al nacimiento de un riesgo, a su desarrollo o a su mantenimiento. La constatación de esa contribución será esencial para valorar la satisfacción del estándar de diligencia debida, sobre todo cuando los autores de los ilícitos son agentes no estatales<sup>1382</sup>.

#### **2.2.1.2.5. Masacre de la Rochela vs. Colombia**

Este caso se refiere al asesinato de quince personas, todas ellas integrantes de una comisión judicial encargada de la investigación del caso *19 comerciantes*. El hecho fue cometido por el grupo paramilitar “Los Masetos” con el fin de frustrar el avance de la investigación.

En esta sentencia se esbozaron importantes consideraciones sobre las vinculaciones entre Estado y paramilitares. Un primer ámbito de observaciones se refiere a la injerencia del Estado en la creación de “Los Masetos” al apoyo prestado por el ejército para el desarrollo de sus actividades<sup>1383</sup>. Entre las pruebas presentadas en el proceso ante la Corte, se dio cuenta de un reglamento y un manual de combate elaborados por el ejército que describían detalladamente su relación con los paramilitares. Estos documentos autorizaban que “*grupos de civiles fueran armados, entrenados y organizados por el Estado para recibir órdenes de oficiales de las Fuerzas Armadas con el objetivo de que participaran y colaboraran en acciones de seguridad propias del Estado*”<sup>1384</sup>. Esta normativa, además, fue aplicada durante la ejecución de la masacre<sup>1385</sup>.

La Corte también dio cuenta de otros antecedentes que probaban la vinculación entre el Estado y el grupo paramilitar, como la emisión de pagos y nóminas a paramilitares a título de informantes, la existencia de reuniones conjuntas para la preparación de la masacre a la que asistieron miembros de ambas entidades, la

---

<sup>1382</sup> ABRAMOVICH, “Responsabilidad estatal por violencia de género...”, cit., p. 174-175.

<sup>1383</sup> CorteIDH, *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, cit., párrs. 93-96, 101.a), 101.b) y 101.d).

<sup>1384</sup> Íd., párr. 89.

<sup>1385</sup> Íd., párrs. 88-89, 96-97 y 101.c).

realización de patrullajes conjuntos, el suministro de armas por parte del ejército y su cooperación y aquiescencia en la ejecución del hecho<sup>1386</sup>.

Finalmente, el contexto que circundó la masacre y su finalidad, fueron objeto de una especial consideración. En cuanto al contexto, la Corte concluyó que en Colombia, las personas que participan en la substanciación de un proceso sobre violaciones a los derechos humanos están en una situación de grave vulnerabilidad<sup>1387</sup>. En cuanto a la finalidad de la operación, la Corte estimó que la matanza tenía por objeto frustrar el esclarecimiento de las responsabilidades en el caso *19 comerciantes*, teniendo en cuenta que existían fuertes vínculos entre “Los Masetos” y la ACDEGAM.

En base a todo lo anterior, la Corte concluyó que “*el Estado permitió la colaboración y participación de particulares en la realización de ciertas funciones [...] que por lo general son de competencia exclusiva del Estado y donde éste adquiere una especial función de garante. En consecuencia, el Estado es directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones [...]. Fue de tal magnitud esta situación en la que particulares colaboraron en el desarrollo de dichas funciones, que cuando el Estado trató de adoptar las medidas para enfrentar el desborde en la actuación de los grupos paramilitares, estos mismos grupos, con el apoyo de agentes estatales, atentaron contra los funcionarios judiciales*”<sup>1388</sup>. Como se puede notar de la terminología y argumentación empleada, el criterio de atribución aplicado por la Corte fue –por enésima vez– la diligencia debida<sup>1389</sup>.

#### **2.2.1.2.6. Valle Jaramillo y otros vs. Colombia**

La última sentencia a la que se hará referencia es *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sobre la ejecución extrajudicial de Jesús María Valle Jaramillo, un defensor de derechos humanos que luchó incansablemente para la persecución y castigo de los paramilitares. Aunque la sentencia es sobre una ejecución extrajudicial, mantiene cierta similitud con las sentencias anteriores en lo que se refiere a la aplicación de los criterios

---

<sup>1386</sup> Íd., párrs. 98, 100 y 101.d)-101.f).

<sup>1387</sup> Íd., párrs. 80-81, 90-91, 101.g)-101.i) y 103.

<sup>1388</sup> Íd., párr. 102.

<sup>1389</sup> MANERO SALVADOR, op. cit., p. 124 n. 47.

de atribución. Además, el caso tiene una peculiaridad, porque la prueba rendida en el proceso no permitió acreditar si los autores habían sido agentes estatales o no estatales<sup>1390</sup>.

La CorteIDH aplicó la diligencia debida reiterando la argumentación de las sentencias anteriores<sup>1391</sup>. En cuanto al conocimiento del riesgo, concluyó que las autoridades estatales estaban al tanto de la situación de vulnerabilidad que vivían los defensores de derechos humanos en el país, porque así fue advertido por informes de la Corte Constitucional colombiana, la ComisiónIDH y varios organismos de Naciones Unidas<sup>1392</sup>. En lo relativo a la idoneidad de las medidas, la Corte consideró insuficientes las políticas adoptadas por el Estado en relación con los defensores, que se limitaban a un reconocimiento meramente institucional de su vulnerabilidad y al otorgamiento de una protección policial ineficaz<sup>1393</sup>.

### **2.2.1.3. Apreciaciones críticas**

Habiéndose entregado una muestra representativa de los precedentes jurisprudenciales de la CorteIDH sobre la atribución al Estado de desapariciones forzadas cometidas por paramilitares, ha llegado el momento de hacer un balance de carácter valorativo y crítico de los aspectos más relevantes de este *case law*.

Una primera cuestión que salta a la vista es la posición de la CorteIDH a propósito del marco normativo que regula la atribución en el sistema interamericano de derechos humanos. En opinión de este tribunal, la CADH contiene un régimen de responsabilidad internacional propio, autónomo e independiente. Lo anterior implica que el sistema interamericano contempla reglas específicas sobre la atribución, derivadas de las obligaciones generales de respeto y garantía. La Corte ha sostenido que la CADH es una *lex specialis* frente al régimen general de la responsabilidad

---

<sup>1390</sup> CorteIDH, *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párr. 70.

<sup>1391</sup> Íd., párrs. 77-80 y 92.

<sup>1392</sup> Íd., párrs. 81-84, refiriéndose a los informes que dan cuenta de esta situación, y párrs. 93-97, aludiendo a las amenazas de las que fue víctima Valle Jaramillo tras la formulación de las denuncias, el riesgo al que estaban expuestos otros defensores de derechos humanos y la dimensión colectiva del asesinato de Valle Jaramillo, dado que uno de sus objetivos era amedrentar a otros defensores.

<sup>1393</sup> Íd., párrs. 85-91.

internacional<sup>1394</sup>. Incluso, en algunas resoluciones la Corte parece defender la idea de una *lex specialis* en sentido fuerte, de modo que la CADH contendría un sistema de responsabilidad internacional absolutamente autosuficiente<sup>1395</sup>. Según esta lógica, las reglas de responsabilidad del Derecho internacional general desempeñarían un papel secundario y supletorio.

La posición de la Corte se alinea con las teorías que defienden la especialidad del Derecho internacional de los derechos humanos<sup>1396</sup>. Sin embargo, en este trabajo se han criticado las teorías autónomas extremas. Si una aplicación conjunta, sistematizada y coordinada del Derecho internacional general y el Derecho internacional de los derechos humanos favorece la protección de los derechos humanos, no puede defenderse una autonomía irracional de los sistemas regionales de protección.

La Corte peca de pretenciosa al querer defender un sistema autónomo de atribución de hechos ilícitos basado en los dos primeros artículos de la CADH sobre las obligaciones generales de respeto y garantía. Además, no se comprende por qué la CorteIDH quiere marcar una distancia tan abismal entre el sistema interamericano de protección y la regulación general de la responsabilidad internacional del Estado<sup>1397</sup>.

Sin embargo, y cabe la insistencia sobre el punto, la aplicación del Derecho internacional general no conduce necesariamente a resultados perjudiciales para la protección de los derechos humanos. La atribución de un hecho internacionalmente ilícito, por su carácter complejo y esencialmente técnico, es una de las dimensiones del Derecho internacional general que puede aportar un bagaje de reglas beneficiosas para una mejor protección de los derechos humanos en el marco de los sistemas regionales. Cuando la Corte descarta de plano la aplicación de las reglas generales asume una actitud apriorística e irreflexiva que, en último término, puede incidir negativamente en la protección de los derechos humanos. Recurrir a las normas generales de atribución

---

<sup>1394</sup> Cfr. los siguientes casos de la CorteIDH: *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párrs. 107-110; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 111; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, cit., párr. 67.

<sup>1395</sup> CorteIDH. *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párrs. 104-107.

<sup>1396</sup> Vid. Capítulo IV, § 2.2.

<sup>1397</sup> Quizás la CorteIDH considera que el enfoque del Derecho internacional general sobre las cuestiones de la responsabilidad internacional está demasiado anquilosado en la lógica de las relaciones interestatales y que esta visión no es la más adecuada para el tratamiento jurídico de las violaciones a los derechos humanos. Algún temor de esta índole se deja traslucir en los votos razonados del juez CANÇADO TRINDADE que han sido citadas a lo largo del § 2.2.1 del presente Capítulo.

puede resultar beneficioso, porque algunos estándares son capaces de reflejar con mayor propiedad las conexiones que interceden ente el Estado y el paramilitarismo.

Como demuestra la reseña de la jurisprudencia sobre el paramilitarismo, en la gran mayoría de los casos el Estado fue responsabilizado por falta de debida diligencia, salvo en *Blake vs. Guatemala*, sentencia en que la Corte parece haber recurrido a la teoría de los órganos *de facto*.

En algunas de las sentencias analizadas, la Corte casi no se refiere al tema de la atribución, sino que se limita a constatar qué derechos fueron vulnerados en el caso concreto. Sin embargo, en otro grupo de sentencias sobre el paramilitarismo se ha construido una teoría de la imputabilidad basada en la diligencia debida, aunque frecuentemente la argumentación de esta jurisprudencia entremezcla diversos estándares de imputabilidad sin diferenciarlos con el rigor que se requiere<sup>1398</sup>. Esta última es una falencia que debe ser depurada en la jurisprudencia venidera de la CorteIDH.

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que el estándar preferido por el Tribunal Interamericano para resolver este tipo de casos es la diligencia debida. Esta actitud de la Corte se justifica parcialmente por la influencia que ha ejercido el TEDH con su teoría de las acciones positivas<sup>1399</sup>.

Sin embargo, ¿la diligencia debida es el estándar más adecuado para imputar al Estado hechos ilícitos cometidos por agentes no estatales que actúan con su apoyo, autorización o aquiescencia? Si bien un análisis más detallado de la diligencia debida se ofrecerá más adelante<sup>1400</sup>, puede adelantarse que su objeto estriba en responsabilizar al Estado por no haber prevenido un hecho ilícito o por no haber sancionado los responsables de ese hecho en el evento de que haya sido cometido.

La valoración de la responsabilidad del Estado por falta de diligencia debida es esencialmente casuística, obligando a un análisis metódico de los hechos del caso. Los requisitos de este estándar son muy flexibles y consisten en el conocimiento de un

---

<sup>1398</sup> Cfr., en general, PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., p. 121 y n. 166; ANNONI, op. cit., p. 683, en relación con las desapariciones forzadas. Refiriéndose a la sentencia *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, comparte la crítica ABRAMOVICH, op. cit., p. 177.

<sup>1399</sup> Vid. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 414. La teoría de las acciones positivas será explicada en el Capítulo VIII, § 3.3.1.

<sup>1400</sup> Capítulo VIII, § 3.



riesgo de afectación de un derecho y en la prueba de que el Estado no adoptó las medidas razonables que estaban a su alcance para evitar la concreción del riesgo o para sancionar a los responsables. Como lo dice su nombre, es una responsabilidad por la carencia de diligencia, con lo cual lo atribuido al Estado no es el hecho ilícito *per se* cometido por agentes no estatales, sino el comportamiento negligente de los agentes estatales que no fueron capaces de evitar o sancionar el resultado ilícito. Por lo tanto, en términos de reproche, en términos conceptuales e incluso en términos políticos, la responsabilidad por la comisión del hecho ilícito no puede ser equiparada con la responsabilidad por falta de diligencia debida, porque “cometer” el hecho ilícito no puede equivaler a “no haber hecho lo que debía hacerse para evitar que otro cometa” el hecho ilícito.

En la práctica internacional sobre derechos humanos la diligencia debida suele aplicarse cuando el autor de la violación es un agente no estatal. Sin embargo, esa práctica no suele profundizar sobre la esencia de este estándar, ni sobre su adecuación al supuesto de que se trate, ni sobre la posibilidad de aplicar otro criterio que se amolde mejor a los casos en que el comportamiento del Estado consista en “algo más” que un comportamiento negligente. Estos vicios se repiten en la jurisprudencia de la CorteIDH.

Para evitar malentendidos, debe aclararse que la jurisprudencia de este Tribunal es encomiable porque, con independencia de la argumentación empleada, ha permitido responsabilizar a los Estados que se han valido de organizaciones paramilitares para la comisión de violaciones a los derechos protegidos en la CADH. Sin embargo, la CorteIDH debe ser criticada por su fe ciega y no siempre razonada en la diligencia debida como el único estándar para fundamentar la responsabilidad internacional del Estado. En la gran mayoría de los casos citados se demostró una intensa vinculación entre los agentes paramilitares y el Estado. Tanto en Colombia, como en Guatemala, el Estado permitió y promovió la creación de los grupos paramilitares, no sólo en términos fácticos, sino también en términos normativos, legalizando sus actividades y dotándolos de un sustento jurídico-institucional<sup>1401</sup>.

Cabe recordar que la participación estatal en la creación de un agente no estatal fue considerada como un elemento sustancial en la jurisprudencia de la CIJ para valorar

---

<sup>1401</sup> Supra, § 2.2.1.

si el grupo dependía completamente del Estado. Sin embargo, la CorteIDH casi no hace referencia a esta cuestión<sup>1402</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, hay muchos otros antecedentes que demostraban la intensidad del vínculo entre Estado y paramilitares. El Estado solía entrenar a estos grupos, proporcionaba armamento y otros recursos, colaboraba con la logística y las comunicaciones, participaba en las reuniones previas sobre la planificación de las masacres, desplazaba injustificadamente las unidades militares presentes en la zona de los hechos hacia otros parajes e incluso participaba directamente en la ejecución de los operativos. En la jurisprudencia internacional sobre el estándar de control, estas acciones han sido valoradas como antecedentes indiciarios de una interrelación entre el Estado y los agentes no estatales. Sin embargo, ésta no ha sido la estrategia argumentativa seguida por la CorteIDH, que ha omitido la discusión sobre los estándares de control y las reglas generales de atribución.

Por tanto, es necesario repensar si el razonamiento del Tribunal Interamericano es el más adecuado, no tanto por el capricho académico o dogmático de aplicar estándares más refinados, sino porque la diligencia debida no refleja la real participación del Estado en este tipo de ilícitos, siendo necesario aplicar un estándar capaz de representar la intensidad del vínculo entre los agentes estatales y las organizaciones no estatales que incurren en violaciones a los derechos humanos<sup>1403</sup>.

Habiéndose analizado la abultada jurisprudencia de la CorteIDH sobre paramilitarismo, se echará un vistazo al resto de la práctica internacional sobre la aplicación de los estándares de control a las desapariciones forzadas.

### **2.2.2. La jurisprudencia del TEDH y la aplicación del criterio del control en relación con el territorio extranjero**

En la jurisprudencia del TEDH no existen precedentes que hayan aplicado con claridad los criterios de control e instrucciones en relación con las desapariciones forzadas. Cuando el TEDH no ha tenido la certeza sobre la naturaleza estatal o no

---

<sup>1402</sup> PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*, cit., p. 121 y n. 167.

<sup>1403</sup> La crítica ha convencido a MANERO SALVADOR, op. cit., pp. 127-128, quien no sólo se adhiere a ella, sino que además lo hace citando mi tesina de máster, SFERRAZZA TAIBI, Pietro. *La responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de personas*. Directora: Ana Manero Salvador. Tesina de Máster. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, 2011.

estatal del agente ha recurrido al estándar de diligencia debida<sup>1404</sup>. Sin embargo, en la sentencia de la Gran Sala *Chipre vs. Turquía*, un caso emblemático sobre desapariciones forzadas, el criterio del control fue aplicado en relación con el dominio ejercido por un Estado sobre un territorio extranjero<sup>1405</sup>.

El Estado demandante había alegado la violación de varias disposiciones del CEDH por parte del ejército turco presente en el territorio de la República Turca del Norte de Chipre, entre otras, la desaparición forzada de 1491 personas. Para los efectos de la atribución, el TEDH consideró como elemento determinante el control ejercido por el Estado turco sobre el territorio del norte de Chipre, concluyendo que “*teniendo el control efectivo global sobre el norte de Chipre, su responsabilidad no puede ser limitada a los actos de sus soldados u oficiales en el norte de Chipre, sino que también debe ser comprometida en virtud de los actos de la administración local que perdura gracias al sustento militar y de otra índole de Turquía*”<sup>1406</sup>.

Así, la responsabilidad del Estado puede surgir no solo por actos de tropas militares presentes en el territorio en cuestión, sino también por las actuaciones que realiza la autoridad local del territorio controlado, siempre que se logre establecer un vínculo de control global entre el Estado y el territorio. Sin embargo, no está claro si el criterio de control aplicado en este caso tiene que ver con la aplicación extraterritorial del CEDH o con la relación existente entre el Estado y los agentes no estatales<sup>1407</sup>.

### **2.2.3. La situación de Darfur: los informes elaborados en el marco de Naciones Unidas**

Otro contexto de interrelación entre el Estado y agrupaciones paramilitares es el de Sudán, que hace décadas se viene sirviendo de agentes no estatales como los Yanyayuid o las Fuerzas Populares de Defensa para la comisión de violaciones a los derechos humanos. El primero de estos grupos es un agente no estatal

---

<sup>1404</sup> Infra, Capítulo VIII, § 4.1.

<sup>1405</sup> Supra, § 2.1.1.2.2.

<sup>1406</sup> TEDH, *Cyprus vs. Turkey*, cit., párr. 77: “*Having effective overall control over northern Cyprus, its responsibility cannot be confined to the acts of its own soldiers or officials in northern Cyprus but must also be engaged by virtue of the acts of the local administration which survives by virtue of Turkish military and other support*”. Vid. también párrs. 74-76.

<sup>1407</sup> Este problema ya ha sido analizado en términos más generales en este mismo capítulo, § 2.1.1.2.2.

institucionalmente desvinculado del Estado, mientras que el segundo grupo tiene un fuerte vínculo institucional con el Estado, porque fue objeto de una relación legal que lo instituye como grupo paramilitar, aunque sin pertenecer al ejército regular estatal. Si bien en algunos informes de Naciones Unidas se da cuenta de la vinculación que existe entre el Estado y estos grupos paramilitares, otros descartan que Sudán ejerciera influencia sobre las milicias<sup>1408</sup>. En estos informes también se da cuenta de la comisión de desapariciones forzadas por parte de estas agrupaciones<sup>1409</sup>.

#### **2.2.4. Las entregas extraordinarias y la aplicación de las instrucciones como regla de atribución**

Para reflexionar sobre la aplicabilidad de las instrucciones como una regla de atribución de las desapariciones forzadas, esta sección analizará el fenómeno de las entregas extraordinarias. En primer lugar, se hará una referencia general a esta práctica, explicándose sus principales características y su parentesco con la desaparición forzada. En segundo lugar, se citarán una serie de casos jurisprudenciales sobre entregas extraordinarias. Esta referencia jurisprudencial tiene por objeto sentar las bases para la

---

<sup>1408</sup> Cfr. CS. *Informe del Secretario General con arreglo a los párrafos 6 y 13 a 16 de la resolución 1556 (2004) del Consejo de Seguridad*. S/2004/703 (30 de agosto de 2004), párr. 17, señalando que el Estado sudanés ha aceptado que ejerce influencia sobre algunas de las milicias; el mismo *Informe del Grupo de Expertos establecido de conformidad con el párrafo 3 de la resolución 1591 (2005) relativa al Sudán*. S/2006/65 (30 de enero de 2006), Anexo II. Información adicional sobre la situación en materia de seguridad, párrs. 12-15, dando cuenta de la relación existente entre Sudán y las Fuerzas Populares de Defensa, grupo paramilitar creado en 1989 para luchar contra los rebeldes. Este grupo tiene una regulación legal, lo que demuestra su alto grado de institucionalización pese a no ser una unidad formalmente militar. Su función general es la de asesorar y colaborar con el ejército, cumpliendo cualquier orden que encomiende el comandante en jefe. En la práctica, entre muchas otras funciones, se preocuparon de reclutar efectivos por intermediación de los jefes tribales y de otorgarle entrenamiento para que luego se incorporaren al ejército regular. En contra de todo lo anterior, vid. CS. *5071ª sesión*. Quincuagésimo noveno año. Jueves 4 de noviembre de 2004, Nueva York. S/PV.5071, p. 3, donde Jan PRONK sostiene en su calidad de Representante Especial del Secretario General para Sudán y jefe de la operación de apoyo a la paz, que el Gobierno sudanés no ejercía un control absoluto sobre las milicias. Un análisis doctrinarios de estos informes pueden consultarse en ABASS, op. cit., pp. 126-129.

<sup>1409</sup> CS. *Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad*, 18 de septiembre de 2004, S/2005/60 (7 de febrero de 2005), párrs. 121, 123-125, 240, 244, 246 y, especialmente dedicados a la desaparición forzada, párrs. 395-413, aunque con mucha confusión argumentativa en el tratamiento de los criterios de atribución. En general sobre la situación de Darfur, el cine documental puede ayudar para la comprensión del contexto. Cfr. *Darfur Now* [DVD]. Director: Ted BRAUN. Producción: Mandalay Independent Pictures/Participant Productions. Distribución: Warner Bros Home Video, s.f. (2007); *Sand and Sorrow* [DVD]. Director: Paul FREEDMAN. Producción: Amahoro. Distribución: Hbo Home Video, s.f. (2007).

reflexión teórica sobre la posibilidad de aplicar la regla de las instrucciones a este tipo de casos.

#### **2.2.4.1. Aproximaciones generales a la entrega extraordinaria**

Como ya se ha explicado en las primeras páginas de este trabajo, la desaparición forzada ha asumido nuevas formas que se han adaptado a los contextos represivos contemporáneos. Una de estas nuevas versiones es la entrega extraordinaria, una práctica implementada de modo sistemático y generalizado por Estados Unidos como una estrategia de lucha contra el terrorismo<sup>1410</sup>.

Según la posición que se intentará defender en este apartado, las características fácticas de este ilícito podrían habilitar la aplicación de la regla de las instrucciones si se cumplen ciertos requisitos. Cabe recordar que las entregas extraordinarias consisten en una práctica que involucra la actuación de agentes de varios Estados y que implica el secuestro de la víctima en el territorio de un Estado y su posterior traslado a un centro de detención ubicado en el territorio de otro Estado, donde eventualmente será interrogada mediante la aplicación de métodos de tortura. Se trata de un fenómeno interesante para ser estudiado desde la perspectiva del estándar de las instrucciones, porque, pese a la participación de varios Estados, la dirección de la operación suele estar radicada en las autoridades de un único Estado. Además, las entregas extraordinarias configuran un ejemplo bastante ilustrativo de un hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado que intenta camuflar su responsabilidad recurriendo a sujetos ajenos a su estructura orgánica<sup>1411</sup>.

---

<sup>1410</sup> Capítulo I, § 1.

<sup>1411</sup> Como bien indica BUTTON, op. cit., p. 534, la entrega extraordinaria “*involves the «othering» of the victims of international wrongs by placing them territorially and conceptually beyond the jurisdiction of local courts, and the «othering» of perpetrators themselves, by giving the task of removing suspects to a special unit of the CIA, which enjoys a high level of operational and bureaucratic privilege, and by cooperating with security apparatus of obliging third states*” [supone la «otredad» de las víctimas del ilícito internacional, ubicándolas territorial y conceptualmente más allá de la jurisdicción de los tribunales nacionales y la «otredad» de los perpetradores, otorgando la tarea de remover a los sospechosos a una unidad especial de la CIA que disfruta de un alto nivel de privilegios operacionales y burocráticos y cooperando con aparatos de seguridad de terceros estados serviles]. Cfr. KYRIAKOU, “*The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions to International Human Rights Law...*”, cit., p. 30.

Las entregas extraordinarias comenzaron a ser utilizadas por Estados Unidos durante el Gobierno de Clinton<sup>1412</sup>. Sin embargo, tras los atentados del 11 de septiembre se planificó su ejecución como una verdadera política de Estado, encargándose a una unidad especializada de la CIA –la *Special Remove Unit*– su dirección y coordinación<sup>1413</sup>. Por muy increíble que parezca, numerosos informes elaborados en el marco del Consejo de Europa y de la Unión Europea demuestran que muchos Estados europeos han prestado su colaboración para la puesta en marcha de esta política, proporcionando agentes para la detención de las víctimas, consintiendo para que los operativos fuesen practicados en sus territorios, facilitando las instalaciones aeroportuarias para el traslado de los detenidos, colaborando con la logística o implementando estrategias destinadas a encubrir las responsabilidades<sup>1414</sup>. Por su parte,

---

<sup>1412</sup> SATTERTHWAITE, Margaret L. “The Story of El-Masri v. Tenet: Human Rights and Humanitarian Law in the «War on Terror»”, en HURWITZ, Deena/SATTERTHWAITE, Margaret L./FORD, Douglas B. (eds.), *Human Rights Advocacy Stories*. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009, pp. 538-539.

<sup>1413</sup> KYRIAKOU, “*The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions to International Human Rights Law...*”, cit., p. 30.

<sup>1414</sup> A modo de ejemplo, en el marco del Consejo de Europa, cfr. PACE. COMITÉ DE ASUNTOS LEGALES Y DERECHOS HUMANOS. *Alleged Secret Detentions in Council of Europe Member States: Information Memorandum II*. AS/Jur (2006) 03 rev, 22 de enero de 2006; COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO (COMISIÓN DE VENECIA). *Opinion on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in Respect of Secret Detention Facilities and Inter-State Transport of Prisoners*. Venice, 17-18 de marzo de 2006. CDL-AD(2006)009. Opinion no. 363 / 2005; PACE. *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*. Report Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr. Dick MARTY, Switzerland, Alliance of Liberals and Democrats for Europe. Doc. 10957, 12 de junio de 2006; PACE. COMITÉ DE ASUNTOS LEGALES Y DERECHOS HUMANOS. *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*. Explanatory Memorandum. Rapporteur: Mr. Dick MARTY, Switzerland, ALDE, 9 de junio de 2007; SECRETARIO GENERAL. *Supplementary report by the Secretary General on the Use of his Powers under Article 52 of the European Convention on Human Rights, in the light of reports suggesting that individuals, notably persons suspected of involvement in acts of terrorism, may have been arrested and detained, or transported while deprived of their liberty, by or at the instigation of foreign agencies, with the active or passive co-operation of States Parties to the Convention or by States Parties themselves at their own initiative, without such deprivation of liberty having been acknowledged*. SG/Inf (2006)13, 14 de junio de 2006; COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to “The Former Yugoslav Republic of Macedonia” 25-29 February 2008*. CommDH(2008)21, Strasbourg, 11 de septiembre de 2008.

En el marco de la UE, cfr. EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS. *The Human Rights Responsibilities of the EU Member States in the Context of the CIA Activities in Europe (Extraordinary Renditions)*. Opinion n° 3-2006, 25 de mayo de 2006; PARLAMENTO EUROPEO. *Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos, mediados los trabajos de la comisión temporal*, (2006/2027(INI)), P6\_TA(2006)0316, 6 de julio de 2006; el mismo, *Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos* (2006/2200(INI)). Comisión Temporal sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y la Detención Ilegal de Presos. Ponente: Giovanni Claudio FAVA. A6-0020/2007, 30 de enero de 2007.

algunos Estados de oriente medio y África, han facilitado sus instalaciones y agentes para el interrogatorio de las víctimas mediante el uso de tortura.

La finalidad perseguida por las entregas extraordinarias es la obtención de información. Por esta razón, se recurre a la tortura durante los interrogatorios. Se trata de un ilícito cometido sobre la base de la convicción errónea de que la tortura aseguraría la obtención de información fidedigna. Por ende, al Estado mandante interesa que el hecho sea cometido en secreto, dado su indiscutible carácter ilícito y que se evite a toda costa la fuga de información y el sometimiento de la víctima a un juicio público con las garantías de un debido proceso<sup>1415</sup>.

La entrega extraordinaria está emparentada con el secuestro seguido de entrega judicial. Ambos ilícitos comparten denominadores comunes, como la ilicitud del hecho, el acto de privación de libertad cometido en el territorio de un Estado extranjero, el posterior traslado de la víctima al territorio de otro Estado y la ausencia de procedimientos formales de expulsión, entrega o extradición. Sin embargo, el secuestro seguido de entrega judicial, aunque constituye un ilícito, se realiza con la finalidad de someter a proceso a un prófugo de la justicia, mientras que las entregas extraordinarias se realizan con la finalidad de obtener información y desaparecer a la víctima. Por otro lado, en los secuestros seguidos de entrega judicial no suele recurrirse a la tortura, porque no se busca la obtención de información. Finalmente, las entregas extraordinarias son absolutamente secretas y encubiertas, porque se deniega toda información sobre el destino y paradero de la víctima, mientras que en el secuestro seguido de entrega judicial, aunque la detención puede practicarse de manera encubierta, llega un momento en que la información sobre el detenido sale a la luz,

---

<sup>1415</sup> Cfr. BUTTON, op. cit., pp. 534-536; ESPÓSITO/GALELLA, op. cit., p. 14; MAYER, op. cit., pp. 106-123. No se puede compartir la opinión de NINO, op. cit., pp. 119-120, para quien la obsolescencia del actual régimen normativo de la extradición debe considerarse entre las causas de las entregas extraordinarias. Aún si se compartiera su diagnóstico sobre el deficiente estado de la regulación de la extradición, el argumento corre el riesgo de justificar las entregas extraordinarias. Todo parece indicar que los Estados que recurren a esta práctica son conscientes de su ilegalidad e intentan evitar la puesta en marcha de los procedimientos formales de extradición. La finalidad de las entregas extraordinarias no es someter a proceso a la víctima, sino mantenerla privada de libertad en secreto y obtener información mediante la práctica de tortura. El carácter secreto de las entregas extraordinarias también se explica por la búsqueda de impunidad. Por ende, una regulación deficitaria de la extradición no parece ser una causa relevante.

como una consecuencia natural de su sometimiento a un proceso judicial, que suele tener un carácter público<sup>1416</sup>.

La doctrina se ha preguntado si las entregas extraordinarias equivalen a desapariciones forzadas. Desde un punto de vista conceptual, se trata de una práctica ilícita que satisface los elementos constitutivos de la definición de desaparición, ya que la víctima viene privada de su libertad por un sujeto activo que suele ser estatal, denegándose la información sobre su suerte y paradero<sup>1417</sup>. En el fondo, las entregas extraordinarias son desapariciones forzadas con un carácter transnacional.

En cuanto a los derechos afectados por las entregas extraordinarias, al igual que las desapariciones forzadas, vulneran o ponen en serio riesgo una pluralidad de derechos humanos, principalmente, el derecho a la libertad personal, el derecho a no ser sometido a tortura y el derecho a la vida<sup>1418</sup>. Asimismo, el traslado de la víctima hacia un Estado en que corre un serio riesgo de ser sometida a tortura implica una violación del principio de no devolución<sup>1419</sup>. Por otra parte, si las entregas extraordinarias se realizan en el marco de un conflicto armado, se tratará de hechos prohibidos por el Derecho internacional humanitario<sup>1420</sup>.

El carácter transnacional de las entregas extraordinarias genera otras importantes consecuencias de Derecho internacional, como la vulneración a los principios de

---

<sup>1416</sup> Cfr. BUTTON, op. cit., pp. 537-538; NOWAK, "Extraordinary Renditions...", cit., pp. 118-119; MESSINEO, op. cit., p. 1024 n. 6; KYRIAKOU, "The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions to International Human Rights Law...", cit., p. 21. Este último autor agrega otra diferencia, según la cual las entregas extraordinarias conllevan la vulneración del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario. Esta diferenciación es inexacta, porque también el secuestro seguido de entrega judicial vulnera derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la libertad personal. Vid. supra, § 2.1.2.3.

<sup>1417</sup> La opinión de la doctrina es unánime. Cfr., por ejemplo, ESPÓSITO/GALELLA, op. cit., pp. 16-19; KYRIAKOU, "The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions to International Human Rights Law...", cit., pp. 26-27; NINO, op. cit., p. 126; PILLITU, op. cit., pp. 670 y 672; SATTERTHWAITTE, op. cit., p. 552. El CED. *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia...*, CED/C/FRA/CO/1, cit., párr. 29, se ha referido indirectamente al fenómeno, exigiendo a los Estados participan en acciones militares en el extranjero, elaborar un protocolo para regular el traslado de los detenidos del territorio de un Estado al territorio de otro Estado.

<sup>1418</sup> Cfr. KYRIAKOU, "The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions to International Human Rights Law...", cit., p. 27; NOWAK, "Extraordinary Renditions...", cit., p. 118; PILLITU, op. cit., pp. 672-673; SATTERTHWAITTE, op. cit., pp. 551-552.

<sup>1419</sup> Cfr. ESPÓSITO/GALELLA, op. cit., p. 21; NINO, op. cit., 128-129; PILLITU, op. cit., p. 679; SATTERTHWAITTE, op. cit., pp. 551 y 554.

<sup>1420</sup> SATTERTHWAITTE, op. cit., pp. 554-562, explicando que si se acepta la discutible tesis de que la "Guerra contra el terrorismo" es un conflicto armado, debe aplicarse el Derecho internacional humanitario, con lo cual la entrega extraordinaria infringiría el art. 3 común de los CG.



soberanía territorial y de prohibición de intervención en los asuntos internos, siempre que alguna de las actuaciones de este delito se realice en el territorio de un Estado sin su consentimiento<sup>1421</sup>. También se vulneran las obligaciones internacionales consagradas en los tratados de extradición que estén vigentes entre los Estados involucrados<sup>1422</sup>.

Habiéndose revisado *grosso modo* el fenómeno de las entregas extraordinarias, se aludirá a algunos precedentes jurisprudenciales emblemáticos.

#### **2.2.4.2. La práctica internacional sobre las entregas extraordinarias**

El fenómeno de las entregas extraordinarias es bastante reciente y la información sobre su comisión, aunque abundante y detallada, todavía está en desarrollo. Los precedentes jurisprudenciales que se remiten al fenómeno son aislados y poco sistemáticos. Sin embargo, hay casos importantes que están siendo tramitados en sedes nacionales e internacionales, con lo cual cabe esperar un florecimiento de la jurisprudencia sobre el tópico que, probablemente, alimentará el debate doctrinario. En este acápite, se mencionarán algunos casos representativos. Para la selección de estos casos se ha tenido en cuenta la calidad, cantidad y accesibilidad del sustento documental existente y la repercusión que han generado en la academia y la opinión pública. Además, se ha prestado especial importancia a la posibilidad de aplicación del estándar de instrucciones. Los casos escogidos son los que se refieren a las siguientes víctimas: Abu Omar; El-Masri; Agiza; Alzery; Arar y el caso de los “seis argelinos”.

##### **2.2.4.2.1. Abu Omar**

Hassan Mustafa Osama Nasr, mejor conocido como Abu Omar, era un imán egipcio a quien el Estado italiano le había concedido asilo político. Un comando integrado por agentes de la CIA y un policía italiano lo secuestraron en Milán y lo condujeron a la base aérea estadounidense de Aviano para su traslado a Egipto, previa

---

<sup>1421</sup> Cfr. ESPÓSITO/GALELLA, op. cit., pp. 19-20; NINO, op. cit., p. 128; NOWAK, “Extraordinary Renditions...”, cit., p. 118.

<sup>1422</sup> Cfr. ESPÓSITO/GALELLA, op. cit., pp. 19-20; KYRIAKOU, “*The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions to International Human Rights Law...*”, cit., pp. 26-27; NINO, op. cit., p. 128.

escala en Alemania. Se trató de una operación compleja y cuidadosamente planeada que contó con la participación de un gran número de personas. Los agentes de la CIA se preocuparon de la preparación y ejecución del hecho, mientras que los agentes italianos del Servicio para las informaciones y la Seguridad Militar (*Servizio per le Informazioni e la Sicurezza Militare*, en adelante SISMI) proporcionaron información logística y garantizaron que el delito se llevara a cabo con una mayor seguridad, llegando al extremo de obstruir las investigaciones judiciales iniciadas posteriormente por las autoridades italianas.

Tras un entrapado proceso judicial, el sistema de justicia italiano logró condenar a más de treinta imputados por el delito de secuestro, aunque la sentencia no ha podido hacerse efectiva respecto de los nacionales estadounidenses, todos ellos juzgados *in absentia*<sup>1423</sup>. La batalla judicial aún no ha acabado del todo, porque se ha

---

<sup>1423</sup> Las principales sentencias de este proceso, en orden cronológico, son las siguientes: CORTE CONSTITUCIONAL (*CORTE COSTITUZIONALE*). *Sentencia 106/2009*, 11 de marzo de 2009, publicada en *Gazzetta Ufficiale* del 8 de abril de 2009; TRIBUNAL ORDINARIO DE MILÁN (*TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO*), Sezione 4ª penale. *Sentencia n° 12428/09*, 4 de noviembre de 2009; CORTE DE APELACIONES DE MILÁN (*CORTE D'APPELLO DI MILANO*), Sezione 3ª penale. *Sentencia 3688/10*, 15 de diciembre de 2010; CORTE SUPREMA DE CASACIÓN (*CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE*). Sezione V penale. *Sentencia n° 46340/12*, 19 de septiembre de 2012; CORTE DE APELACIONES DE MILÁN. Sezione 4ª penale. *Sentencia 6709/2012*, 12 de febrero de 2013.

Para un recuento de los hechos, cfr. TRIBUNAL ORDINARIO DE MILÁN, *sentencia n° 12428/09*, cit., pp. II-V; 2ª Parte, pp. 3-8, 14-15, 75-76; CORTE DE APELACIONES DE MILÁN, *Sentencia 3688/10*, cit., pp. 1-4 y 8; PACE, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*. Rapporteur: Mr Dick MARTY, cit., párr. 162; NINO, op. cit., pp. 122-124; MESSINEO, op. cit., pp. 1023-1024.

En este proceso hubo numerosas cuestiones jurídicas de carácter internacional cuya resolución incidió significativamente en la imposición de las condenas. Por ejemplo, se desechó la aplicación de las inmunidades personales alegadas por los imputados que se desempeñaban en la embajada estadounidense de Roma. Otra cuestión de interés, en el marco del funcionamiento de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (en adelante, OTAN), fue la interpretación del *Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas*, Londres, 19 de junio de 1951, conforme a la que el secuestro de Abu Omar fue considerado como un supuesto de jurisdicción exclusiva de la justicia italiana y no de jurisdicciones concurrentes. Para un estudio más profundo de estas cuestiones, cfr. GAETA, “*Extraordinary Renditions e giurisdizione italiana nei confronti degli agenti statunitensi coinvolti nel c.d. caso Abu Omar*”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 96, n° 2, 2013, pp. 530-537; la misma, “*Extraordinary renditions e immunità della giurisdizione penale degli agenti esteri: il caso Abu Omar*”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 89, fasc. 1, 2006, pp. 126-130, criticando la argumentación empleada para rechazar la inmunidad; VIGANÓ, Francesco. *Il caso Abu Omar: le motivazioni della sentenza di rinvio della Corte d'Appello che condanna vertici e funzionari del SISMI* [En línea], *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 de abril de 2013. Disponible en <<http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-18/-/2212-il-caso-abu-omar-le-motivazioni-della-sentenza-di-rinvio-della-corte-d-appello-che-condanna-vertici-e-funzionari-del-sismi/>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014], s.p.; el mismo, *La sentenza di cassazione nel caso Abu Omar*. [En línea], *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 de diciembre de 2012. Disponible en <<http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1911-la-sentenza-della-cassazione-sul-caso-abu-omar/>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014], s.p.; el mismo, *Prima condanna della Corte di Strasburgo in un caso di extraordinary rendition*. [En línea], *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 de diciembre de 2012. Disponible en

presentado una demanda ante el TEDH que está pendiente de resolución<sup>1424</sup>. El Gobierno italiano contribuyó y sigue contribuyendo la impunidad de los condenados, habiendo adoptado en el curso del proceso una actitud obstruccionista, negándose a tramitar las respectivas extradiciones y obteniendo la aplicación del secreto de Estado durante la tramitación de los procesos judiciales nacionales<sup>1425</sup>.

El crimen por el cual se condenó a los imputados fue el secuestro, porque ni la tortura, ni la desaparición forzada están tipificadas en el ordenamiento jurídico italiano. Esta solución generó la crítica de autores como PILLITU, para quien un delito común como el secuestro es incapaz de reflejar la gravedad de las entregas extraordinarias<sup>1426</sup>.

Sin embargo, el proceso tiene varios aspectos positivos que merecen ser destacados. En primer lugar, la justicia italiana reconoció que el secuestro de Abu Omar se realizó en marco de una política internacional de entregas extraordinarias y concluyó que se trataba de hechos ilícitos imputables a Estados Unidos<sup>1427</sup>.

---

<[http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/1947-  
prima-condanna-della-corte-di-strasburgo-in-un-caso-di-extraordinary-rendition/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/1947-prima-condanna-della-corte-di-strasburgo-in-un-caso-di-extraordinary-rendition/)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014], s.p.

Para otras referencias generales sobre el proceso, cfr. SECRETARIO GENERAL, *Report by the Secretary General on the use of his powers under Article 52 of the European Convention on Human Rights...*, SG/Inf (2006) 5, cit., párrs. 41-47; PACE, *Alleged Secret Detentions and Unlawful Inter-State Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States*. Rapporteur: Mr. Dick MARTY, cit., párrs. 162, 231-232 y 237-238; COMITÉ DE ASUNTOS LEGALES Y DERECHOS HUMANOS, *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*, Rapporteur: Mr. Dick MARTY, cit., párrs. 316-324; MESSINEO, op. cit., pp. 1033-1036.

<sup>1424</sup> TEDH. *Nasr and Ghali vs. Italy*, application no. 44883/09, comunicada el 22 de noviembre de 2011.

<sup>1425</sup> En términos generales, la procedencia del secreto de Estado fue autorizada por la CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia 106/2009*, cit., especialmente, pp. 19-ss. Cfr. también el resto de las resoluciones del caso, cuando se remiten a la aplicación del secreto: TRIBUNAL ORDINARIO DE MILÁN, *sentencia n° 12428/09*, cit., segunda parte, pp. 26-ss., 71-72, 82 y 94-ss.; CORTE DE APELACIONES DE MILÁN, *sentencia 3688/10*, cit., pp. 12-ss., 21, 108-ss., 125-126 y 129-ss.; la misma, *sentencia 6709/2012*, cit., pp. 16-ss.; CORTE SUPREMA DE CASACIÓN, *sentencia n° 46340/12*, cit., pp. 64-ss. y 112-ss.

La consecuencia jurídica de la aplicación del secreto fue de naturaleza probatoria y consistió en la exclusión de las pruebas que ilustraban la organización interna del SISMI y sus relaciones con la CIA. Sin embargo, estas exclusiones probatorias no evitaron la condena de los imputados. Para algunas reacciones de la doctrina, cfr. RAMACCI, Fabrizio. “Segreto di Stato, *salus rei publicae* e «sbarramento» ai p.m.”, *Giurisprudenza Costituzionale*, anno LIV, fasc. 2, marzo-aprile 2009, pp. 1015-1020, mostrándose condescendiente con la aplicación del secreto de Estado; ANZON DEMMIG, Adele. “Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, anno LIV, fasc. 2, marzo-aprile 2009, pp. 1020-1033, criticando varios aspectos de la exclusión; FANCHIOTTI, Vittorio. “Il gusto (amaro) del segreto”, *Giurisprudenza Costituzionale*, anno LIV, fasc. 2, marzo-aprile 2009, pp. 1033-1042, dirigiendo críticas lapidarias y mordaces contra la decisión; PILLITU, op. cit., pp. 688-ss.

<sup>1426</sup> PILLITU, op. cit., pp. 676-677 y 681.

<sup>1427</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia 106/2009*, cit., p. 25: “*Questa Corte su un piano generale conviene [...] circa la illiceità delle c.d. “consegne straordinarie”, perché contrarie alle*

Sin duda, uno de los principales méritos del proceso es el de haber llevado a cabo una investigación cuidadosa y diligente, cuyo resultado fue una reconstrucción detallada de los hechos y una depuración clara de las aportaciones fácticas de cada uno de los imputados. De acuerdo con esta reconstrucción, los agentes de la CIA ordenaron y coordinaron la entrega extraordinaria de Abu Omar e instruyeron a los agentes del SISMI para la comisión de algunas fases de la operación<sup>1428</sup>.

El caso sigue generando mucha polémica, sobretodo, por la improbabilidad de que se hagan efectivas las condenas impuestas a los nacionales estadounidenses y por la actitud pasiva y renuente del Gobierno italiano. Como si no bastare, el presidente de la República de Italia Giorgio Napolitano concedió la gracia a Joseph Romano, que había

---

*tradizioni costituzionali e ai principi di diritto degli Stati membri dell'Unione Europea ed integranti specifici reati*” [En un plano general, esta Corte conviene sobre la ilicitud de las denominadas “entregas extraordinarias”, en cuanto contrarias a las tradiciones constitucionales y a los principios de Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea y constitutivas de delitos específicos]; CORTE DE APPELACIONES DE MILAN, *Sentencia 6709/2012*, cit., p. 101: “*il fatto poi che una simile condotta sia illecita nel nostro Paese, anche a volerla qualificare come «extraordinary rendition», è assolutamente pacifico*” [el hecho de que en nuestro país dicha conducta sea ilícita es absolutamente pacífico, aun queriéndola calificar como «extraordinary rendition»].

<sup>1428</sup> TRIBUNAL ORDINARIO DE MILÁN, *sentencia n° 12428/09*, cit., pp. 76: “*il rapimento o meglio la extraordinary rendition di Abu Omar [...] è stato voluto, programmato ed attuato da un gruppo di agenti CIA*” [el secuestro, o mejor la extraordinary rendition, de Abu Omar [...] ha sido querida, programada y cometida por un grupo de agentes de la CIA]; *id.*, p. 77: “*non può nemmeno essere messo in dubbio il fatto che le «extraordinary renditions» fossero una pratica consapevolmente attuata dall'amministrazione americana e dagli esecutori della volontà della stessa*” [no puede ponerse en duda el hecho de que las «extraordinary renditions» fueran una práctica conscientemente realizada por la administración norteamericana y por los ejecutores de la voluntad de la misma]; *id.*, p. 78: “*non può sussistere dubbio sulla volontà legislativa (e conseguentemente operativa a livello amministrativo) degli Stati Uniti di consentire, ed anzi di promuovere, un'attività di "apprensione" di sospetti terroristi anche in territori non americani, in ossequio ad una politica di difesa e di offesa contro il terrorismo che, nel caso, non conosceva confini frazionabili*” [no queda duda sobre la voluntad legislativa (y en consecuencia, operativa a nivel administrativo) de los Estados Unidos de consentir y, más bien, de promover una actividad de aprehensión de presuntos terroristas, incluso en territorios no americanos, en atención a una política de defensa y ofensa contra el terrorismo que, en el caso, no conocía límites plausibles]; p. 82: “*esiste un elemento di ordine logico/storico che esclude la possibilità che, nel periodo indicato, personale della CIA che in Italia avesse una qualche responsabilità di vertice possa essere stato estraneo ad un fatto così significativo e rilevante come l' «extraordinary rendition» di Abu Omar. E' ben possibile che alcuni degli agenti operativi sul territorio abbiano saputo poco (o perlomeno «quanto bastava») del fatto in questione senza conoscerne tutti gli aspetti a monte o a valle, ma è escluso che della vicenda e dei suoi delicati aspetti relativi ai rapporti internazionali che toccava, non abbiano saputo nulla i capi o comunque i vertici militari o diplomatici che operavano a Roma ed a Milano*” [existe un elemento de orden lógico-histórico que excluye la posibilidad de que en el período indicado, el personal de la CIA que tuviere en Italia alguna responsabilidad de jefatura haya permanecido extraño a un hecho tan significativo y relevante como la «extraordinary rendition» de Abu Omar. Es muy probable que algunos agentes operativos en el territorio hayan sabido poco (o al menos «lo que bastaba») del hecho en cuestión sin conocer todos sus aspectos, pero se excluye que los jefes militares o diplomáticos que operaban en Roma y Milán no hayan sabido nada del suceso ni de sus delicadas repercusiones en las relaciones internacionales]; CORTE DE APPELACIÓN DE MILÁN, *Sentencia 6709/2012*, cit., p. 101: “*Non vi sono mai stati distinti cd autonomi progetti criminosi, volti al sequestro di «Abu Omar», bensì un unico progetto, con un'unica regia*” [Nunca han existido programas criminales autónomos destinados al secuestro de «Abu Omar», sino un proyecto único con una única dirección].

sido condenado por haber sido el responsable de la base aérea estadounidense de Aviano y por haber permitido a los secuestradores entrar en ella e introducir a la víctima en el avión<sup>1429</sup>.

Por otro lado, el único imputado respecto de quien se había decretado una orden de captura internacional, recientemente fue protagonista de un bochornoso incidente. Se trata de Robert Seldon Laidy, ex director del centro de la CIA en Milán y principal responsable del secuestro de Abu Omar por haber dirigido y coordinado la operación. En julio de 2013, al intentar entrar a Panamá, fue detenido por las autoridades de ese país quienes se percataron de la existencia de la orden internacional de captura. El Ministerio de Justicia italiano se apresuró en solicitar una orden de detención provisional como paso preliminar a una posterior solicitud de extradición<sup>1430</sup>. Sin embargo, las autoridades panameñas pusieron en libertad a Seldon Lady al día siguiente de su arresto, permitiéndole viajar a Estados Unidos. La cuestión generó tensiones entre las autoridades de Italia y Panamá, ya que el Ministerio de Justicia italiano manifestó públicamente su descontento y decepción con la decisión de poner en libertad a Seldon Lady, mientras que el Ministerio de Relaciones Exteriores panameño afirmó que la documentación aportada por Italia era insuficiente para decretar la detención

---

<sup>1429</sup> Vid. *Abu Omar, Napolitano grazia il colonnello Joseph Romano* [En línea], *La Repubblica*, 5 de abril de 2013. Disponible en <[http://www.repubblica.it/politica/2013/04/05/news/abu\\_omar\\_napolitano\\_grazia\\_il\\_colonnello\\_joseph\\_romano-56032448/?ref=HRER2-1](http://www.repubblica.it/politica/2013/04/05/news/abu_omar_napolitano_grazia_il_colonnello_joseph_romano-56032448/?ref=HRER2-1)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]. Los argumentos para la concesión de la gracia pueden consultarse en *Grazia del Presidente Napolitano ai sensi dell'art.87 comma 11 della Costituzione*. Comunicato. *Quirinale*, Presidenza della Repubblica, Roma, 5 de abril de 2013. Disponible en <<http://www.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Comunicato&key=14800>>. [Consulta: 22 de julio de 2014]. En la fundamentación jurídica de la gracia, se alude al *Decreto del Presidente della Repubblica, 11 de marzo de 2013, n. 27, Regolamento recante applicazione dell'articolo VII della Convenzione fra i paesi aderenti al Trattato del Nord Atlantico sullo «status» delle loro Forze armate*, 13G00074, publicado en *Gazzetta Ufficiale* n.76 del 30 de marzo de 2013, que modificó el régimen de jurisdicción concurrente respecto de delitos cometidos por agentes de la OTAN en Italia, ampliando la oportunidad procesal del Ejecutivo para renunciar a la jurisdicción prioritaria que pudiere caberle a las autoridades italianas. A juicio de la Presidencia de la República, esta situación hubiese configurado un cuadro más favorable para Romano si se hubiese aplicado a su proceso, cuestión que justificaba el otorgamiento de la gracia. Sin embargo, los tribunales italianos que resolvieron el caso Abu Omar interpretaron que la regla aplicable era la jurisdicción exclusiva y no la jurisdicción concurrente, de tal modo que la argumentación con la que se intenta abrigar la gracia de sustento jurídico es técnicamente equívoca, tal como demuestra BARTOLINI. *Grazia per uno dei responsabili della extraordinary rendition di Abu Omar* [En línea]. *Marina Castellaneta. Notizie e commenti sul Diritto internazionale e dell'Unione Europea*, 6 de abril de 2013. Disponible en <<http://www.marinacastellaneta.it/blog/grazia-per-uno-dei-responsabili-della-extraordinary-rendition-di-abu-omar.html>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]. Para una crítica periodística sobre este punto vid. FERRARELLA, Luigi. *Caso Abu Omar, la grazia fondata su un errore*. [En línea]. *Il Corriere della Sera*, Disponible en <[http://archiviostorico.corriere.it/2013/aprile/09/Caso\\_Abu\\_Omar\\_grazia\\_fondata\\_co\\_0\\_20130409\\_03fa2832-a0d7-11e2-9c13-69dbb89f7f7d.shtml](http://archiviostorico.corriere.it/2013/aprile/09/Caso_Abu_Omar_grazia_fondata_co_0_20130409_03fa2832-a0d7-11e2-9c13-69dbb89f7f7d.shtml)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

<sup>1430</sup> Cabe destacar que no existe un tratado de extradición entre Italia y Panamá.

provisional, aunque no aclaró cómo pudo haber sido posible la puesta en libertad de un detenido sobre quien pesaba una orden internacional de captura, cabiendo la sospecha de una eventual presión de Estados Unidos en la decisión, atendido a su buena relación con Panamá. Tras el incidente y como si lo anterior no bastare, Seldon Lady ha solicitado la concesión de la gracia al presidente Napolitano<sup>1431</sup>.

Estos dos acontecimientos demuestran cuán reducida es la probabilidad de que se han efectivadas las condenas contra los nacionales estadounidenses y reafirman la prevalencia de la *realpolitik* y la *Raison d'Etat* sobre la justicia<sup>1432</sup>.

---

<sup>1431</sup> Cfr. los siguientes artículos de prensa: *Caso Abu Omar, arrestato a Panama l'ex capocentro della Cia Robert Seldon Lady* [En línea]. *Corriere della Sera*, 18 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.corriere.it/esteri/13\\_luglio\\_18/seldon-lady-panama-abu-omar\\_3369f8be-efcd-11e2-9090-ec9d83679667.shtml](http://www.corriere.it/esteri/13_luglio_18/seldon-lady-panama-abu-omar_3369f8be-efcd-11e2-9090-ec9d83679667.shtml)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; OLIMPIO, Guido. *Bob Seldon Lady atterrato negli Usa* [En línea]. *Corriere della Sera*, 19 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.corriere.it/esteri/13\\_luglio\\_19/bob-seldon-lady-usa-cia\\_63c06bb8-f08d-11e2-ac13-57f4c2398ffd.shtml](http://www.corriere.it/esteri/13_luglio_19/bob-seldon-lady-usa-cia_63c06bb8-f08d-11e2-ac13-57f4c2398ffd.shtml)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; el mismo, *Tutti i misteri della cattura di Lady. La strana imprudenza di uno 007 «perfetto»* [En línea]. *Corriere della Sera*, 19 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.corriere.it/esteri/13\\_luglio\\_19/nuovo-olimpio-lady-cia-abu-omar\\_6fd44340-f01d-11e2-ac13-57f4c2398ffd.shtml](http://www.corriere.it/esteri/13_luglio_19/nuovo-olimpio-lady-cia-abu-omar_6fd44340-f01d-11e2-ac13-57f4c2398ffd.shtml)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; el mismo, *Chi è Bob Seldon Lady? L'ex agente della Cia gioviale e con una grande passione per l'Italia* [En línea]. *Corriere della Sera*, 19 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.corriere.it/esteri/13\\_luglio\\_18/seldon-ritratto-olimpio-abu-omar\\_3b47f5a2-efd4-11e2-9090-ec9d83679667.shtml](http://www.corriere.it/esteri/13_luglio_18/seldon-ritratto-olimpio-abu-omar_3b47f5a2-efd4-11e2-9090-ec9d83679667.shtml)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; *Abu Omar, Seldon Lady rilasciato. E' rientrato negli Stati Uniti* [En línea]. *La Repubblica*, 19 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.repubblica.it/esteri/2013/07/19/news/abu\\_omar\\_lady\\_rilasciato\\_in\\_volo\\_per\\_usa-63323229/](http://www.repubblica.it/esteri/2013/07/19/news/abu_omar_lady_rilasciato_in_volo_per_usa-63323229/)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; *Già libero il regista del caso Abu Omar. La Cancellieri: rammarico per l'epilogo* [En línea]. *La Stampa*, 19 de julio de 2013. Disponible en <<http://www.lastampa.it/2013/07/19/esteri/seldon-lady-dubbi-sullestradizione-insieme-a-lui-cera-anche-una-donna-8KR2UCBuB2EAY2GkN26gkN/pagina.html>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; *Caso Abu Omar: Robert Seldon Lady, ex capocentro Cia, arrestato a Panama* [En línea]. *L' Huffington Post*, 19 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.huffingtonpost.it/2013/07/18/caso-abu-omar-robert-seldon-lady-arrestato\\_n\\_3617900.html](http://www.huffingtonpost.it/2013/07/18/caso-abu-omar-robert-seldon-lady-arrestato_n_3617900.html)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; *Caso Abu Omar: Robert Seldon Lady rilasciato. È in volo per gli Usa* [En línea]. *L' Huffington Post*, 19 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.huffingtonpost.it/2013/07/19/robert-seldon-lady-rilasciato-volo-usa\\_n\\_3624010.html](http://www.huffingtonpost.it/2013/07/19/robert-seldon-lady-rilasciato-volo-usa_n_3624010.html)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; MILLER, Greg. *Ex-CIA Operative Convicted in Italy of Kidnapping Muslim Cleric is Detained* [En línea]. *The Washington Post*, 19 de Julio de 2013. Disponible en <[http://www.washingtonpost.com/world/national-security/ex-cia-operative-convicted-in-italy-of-kidnapping-muslim-cleric-is-detained/2013/07/18/4556ed6a-efe2-11e2-bed3-b9b6fe264871\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/national-security/ex-cia-operative-convicted-in-italy-of-kidnapping-muslim-cleric-is-detained/2013/07/18/4556ed6a-efe2-11e2-bed3-b9b6fe264871_story.html)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; MILLER, Greg/DEYOUNG, Karen. *Panama Releases former CIA Operative Wanted by Italy* [En línea]. *The Washington Post*, 19 de Julio de 2013. Disponible en <[http://www.washingtonpost.com/world/national-security/panama-releases-former-cia-operative-wanted-by-italy/2013/07/19/c73ebc12-f083-11e2-a1f9-ea873b7e0424\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/national-security/panama-releases-former-cia-operative-wanted-by-italy/2013/07/19/c73ebc12-f083-11e2-a1f9-ea873b7e0424_story.html)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; FISCHER, Max. *The story of how a Milan CIA Station Chief became a Fugitive, now Caught in Panama* [En línea]. *The Washington Post*, 19 de Julio de 2013. Disponible en <<http://www.washingtonpost.com/blogs/worldviews/wp/2013/07/18/the-story-of-how-a-milan-cia-station-chief-became-a-fugitive-now-caught-in-panama/>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; PANEBLANCO, Angelo. *La credibilità di un Paese* [En línea]. *Corriere della Sera*, 21 de julio de 2013, Disponible en <[http://www.corriere.it/editoriali/13\\_luglio\\_21/credibilita-di-un-paese-panebianco\\_d6623000-f1ca-11e2-9522-c5658930a7bc.shtml](http://www.corriere.it/editoriali/13_luglio_21/credibilita-di-un-paese-panebianco_d6623000-f1ca-11e2-9522-c5658930a7bc.shtml)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

<sup>1432</sup> Plantea una crítica similar, PILLITU, op. cit., pp. 668-669 y 687-688.

#### 2.2.4.2.2. El Masri

Khaled El-Masri, ciudadano alemán de origen libanés, fue arrestado por la policía serbia en la frontera entre Serbia y la República de Macedonia, para ser entregado al Servicio de Seguridad y Contra-inteligencia de este último país (*Uprava za Bezbednosti I Kontrarazuznavanje*, en adelante, UBK) quienes lo condujeron a un hotel de Skopie donde fue mantenido privado de libertad e interrogado durante poco menos de un mes. Posteriormente, la víctima fue conducida al aeropuerto de la ciudad y entregada a agentes de la CIA, quienes en presencia de los agentes macedonios, procedieron a torturarla y prepararla para su traslado conforme un protocolo operativo cuyas características coincidían con el de otras entregas extraordinarias. El-Masri fue trasladado en un avión privado a Afganistán, haciendo una breve escala en Bagdad. Durante su detención en un centro denominado “*Salt Pit*” –utilizado por la CIA para el interrogatorio de presuntos terroristas mediante métodos “no convencionales”– fue sometido a duras torturas. Tras cuatro meses de detención fue trasladado a Albania donde fue dejado en libertad en un lugar cerca de la frontera con Macedonia<sup>1433</sup>.

Cabe hacer presente que los servicios secretos alemanes estaban al tanto de la operación e incluso contribuyeron con su ejecución, proporcionando información y, aparentemente, enviando un agente a Afganistán que se comunicaba permanentemente con el detenido, asistía a sus torturas y se encargó de acompañarle en el viaje de regreso a Albania<sup>1434</sup>. Según investigaciones periodísticas posteriores y aunque parezca inverosímil, El-Masri fue sometido a la entrega extraordinaria por haber sido confundido con un terrorista de Al-Qaeda cuyo nombre era Khaled Al-Masri<sup>1435</sup>.

---

<sup>1433</sup> Para una descripción minuciosa de los hechos, cfr. TEDH, *El-Masri vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, application no. 39630/09, judgment, 13 de diciembre 2012, párrs. 17-36; SECRETARIO GENERAL, *Report by the Secretary General on the use of his powers under Article 52 of the European Convention on Human Rights...*, SG/Inf (2006) 5, cit., p. 44; COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS, *Report by the Commissioner for Human Rights...*, CommDH(2008)21, cit., párrs. 74 y 75; PACE, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*. Rapporteur: Mr Dick MARTY, cit., párrs. 92-132; COMITÉ DE ASUNTOS LEGALES Y DERECHOS HUMANOS, *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*, Rapporteur: Mr. Dick MARTY, cit., párrs. 274-284; en doctrina, vid. SATTERTHWAITTE, op. cit., pp. 535-537, 542-543 y 549-550; NINO, op. cit., pp. 124-125; NOWAK, “Extraordinary Renditions...”, cit., pp. 120-121.

<sup>1434</sup> COMITÉ DE ASUNTOS LEGALES Y DERECHOS HUMANOS, *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*, Rapporteur: Mr. Dick MARTY, cit., párrs. 288 y 291.

<sup>1435</sup> Cfr. MYERS, Lisa/ROSTON, Aram. *CIA Accused of Detaining an Innocent Man: If the Agency Knew He Was the Wrong Man, Why Was He Held?* [En línea]. *NBC News*, 21 de abril de 2005.

Este caso ha generado una espiral de procedimientos judiciales, tanto a nivel nacional como internacional. Un primer proceso fue el iniciado por la víctima en Estados Unidos. La demanda alegaba la detención ilegal, tortura e infracción a las garantías del debido proceso de El-Masri y fue dirigida contra el director de la CIA de ese entonces, George Tenet, contra otros agentes de ese organismo de inteligencia y contra tres empresas involucradas en el traslado aéreo de la víctima. El Gobierno de Estados Unidos intervino en el proceso alegando y obteniendo la aplicación del secreto de Estado, lo que generó al rechazo de la demanda en primera instancia por parte del Tribunal del Distrito Este de Virginia, decisión confirmada en apelación por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito. Asimismo, la Corte Suprema rechazó la admisibilidad de un *certiorari*<sup>1436</sup>.

Por otro lado, el Tribunal Regional (*Amtsgericht*) de Múnich inició una investigación penal y llegó a expedir una orden de arresto contra trece personas, todas residentes en Estados Unidos, por la detención ilegal y lesiones en perjuicio de El-Masri. El Fiscal de Múnich solicitó al Gobierno Federal que requiriera la extradición de los acusados, pero ésta fue denegada por motivos de seguridad nacional<sup>1437</sup>.

---

Disponible en <<http://www.msnbc.msn.com/id/7591918/>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; PRIEST, Dana. *Wrongful Imprisonment: Anatomy of a CIA Mistake* [En línea]. *The Washington Post*, 4 de diciembre de 2005. Disponible en <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/12/03/AR2005120301476.html>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]; PRADHAN, Alka. "Outside the United States, Extraordinary Rendition on Trial" [En línea], *ASIL Insights*, vol. 15, Issue 19, 2 de noviembre de 2011. Disponible en <<http://www.asil.org/insights/volume/15/issue/29/outside-united-states-extraordinary-rendition-trial>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

<sup>1436</sup> Cfr. la sentencia de primera instancia del TRIBUNAL PARA EL DISTRITO DE VIRGINIA (*DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF VIRGINIA*), *El-Masri vs. Tenet*, 437 F.Supp.2d 530; la sentencia de segunda instancia de la CORTE DE APELACIONES DEL CUARTO CIRCUITO (*COURT OF APPEAL FOR THE FOURTH CIRCUIT*), *El-Masri vs. United States of America*, 479 F.3rd 296 y el rechazo del *certiorari* de la CORTE SUPREMA. *El-Masri vs. United States*, cert. denied, 128 S.Ct. 373 (2007). Para una crítica a la aplicación del secreto de Estado al caso, vid. HUYCK, Daniel J. "Fade to Black: El-Masri v. United States Validates the Use of the State Secrets Privilege to Dismiss «Extraordinary Rendition» Claims", *Minnesota Journal of International Law*, vol. 17, 2008, pp. 448-450, 451 y 458-459. Para una crítica general al proceso, vid. COMITÉ DE ASUNTOS LEGALES Y DERECHOS HUMANOS, *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*, Rapporteur: Mr. Dick MARTY, cit., párrs. 301-309.

<sup>1437</sup> Para un comentario sobre el rechazo de la extradición, vid. WILKITZKI, Peter. "German Government Not Obligated to Seek Extradition of CIA Agents for 'Extraordinary Rendition' Comments on the *El-Masri* Judgment of the Cologne Administrative Court", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, Issue 5, pp. 1119-1121. Cfr. COMITÉ DE ASUNTOS LEGALES Y DERECHOS HUMANOS, *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*, Rapporteur: Mr. Dick MARTY, cit., párrs. 286-287.

La víctima presentó una demanda en sede administrativa contra esta decisión, porque el ordenamiento jurídico alemán contempla una acción judicial para la protección del derecho a un recurso efectivo cuando la actuación del Estado afecta los derechos de las personas. Sin embargo, el Tribunal



En diversas sedes internacionales la entrega extraordinaria de El-Masri ha sido condenada por órganos como el HRC, el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa, que además han manifestado la necesidad de que a nivel nacional se realice una pronta investigación que esclarezca las responsabilidades y permita la concesión de una justa reparación<sup>1438</sup>. Por otra parte, la víctima presentó una denuncia ante la Comisión IDH sobre la cual aún no hay pronunciamiento<sup>1439</sup>.

Pero el precedente más importante en sede internacional es la sentencia de la Gran Sala del TEDH que condenó a la República de Macedonia por la violación de varios derechos protegidos por el CEDH<sup>1440</sup>. En esta sentencia el TEDH reconoció que las entregas extraordinarias configuran un hecho ilícito internacional y afirmó que el El-Masri fue víctima de esta práctica, definida por el Tribunal como “*un traslado extrajudicial de personas desde la jurisdicción de un Estado a otro, con el propósito de detenerlas e interrogarlas fuera del sistema legal normal, con el riesgo real de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes*”<sup>1441</sup>. Además, la sentencia concluyó expresamente que las entregas extraordinarias equivalen a desapariciones forzadas<sup>1442</sup>.

---

Administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Colonia rechazó la petición argumentando que el ejecutivo tiene un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre el requerimiento de la extradición y porque en virtud del tratado de extradición vigente entre Estados Unidos y Alemania, el Estado requerido tiene libertad de decidir si extraditar o no al acusado, siendo muy probable que Estados Unidos hubiera rechazado la petición de extradición si se hubiere formulado. La sentencia puede consultarse en TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE COLONIA (*VERWALTUNGSGERICHT KÖLN*). *Sentencia de 7 de diciembre de 2010*, (5 K 7161/08) [En línea]. *Openjur*. Disponible en <<http://openjur.de/u/146461.html>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014]. Para un comentario sobre este pronunciamiento vid. WILKITZKI, op. cit., pp. 1121-1127. En Alemania también investigó el caso una Comisión del Parlamento Federal (*Bundestag*), pero no llegó a resultados positivos debido a la aplicación del secreto de Estado. Al respecto, cfr. COMITÉ DE ASUNTOS LEGALES Y DERECHOS HUMANOS, *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*, Rapporteur: Mr. Dick MARTY, cit., párrs. 310-311; TEDH, *El-Masri vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, cit., párrs. 59-61.

<sup>1438</sup> Cfr. HRC. *Concluding observations of the Human Rights Committee*. The Former Yugoslav Republic of Macedonia. CCPR/C/MKD/CO/2 (3 de abril de 2008), párr. 14; PE, *Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos...*, (2006/2027(INI)), P6\_TA(2006)0316, cit., párr. 47; el mismo, *Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos* (2006/2200(INI)). Ponente: Giovanni Claudio FAVA. A6-0020/2007, cit., párrs. 82, 110, 114, 135-145 y 150; COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS, *Report by the Commissioner for Human Rights...*, CommDH(2008)21, cit., párr. 76 y recomendación n° 36.

<sup>1439</sup> La presentación puede consultarse en AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU). *Petition Alleging Violations of the Human Rights of Khaled El-Masri by the United States of America with a Request for an Investigation and Hearing on the Merits*. 9 de abril de 2008. ACLU. Disponible en <[https://www.aclu.org/files/pdfs/safefree/elmasri\\_iachr\\_20080409.pdf](https://www.aclu.org/files/pdfs/safefree/elmasri_iachr_20080409.pdf)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

<sup>1440</sup> TEDH, *El-Masri vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, cit. Para un breve comentario descriptivo de los aspectos esenciales de la sentencia, vid. VIGANÓ, *Prima condanna della Corte di Strasburgo in un caso di extraordinary rendition*, cit., s.p.

<sup>1441</sup> TEDH, *El-Masri vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, cit., párr. 221: “*subjected to “extraordinary rendition”, that is, “an extra-judicial transfer of persons from one jurisdiction or State*

En cuanto a la atribución de las ilicitudes y en relación al trato que la víctima recibió en el aeropuerto de Skopie, refiriéndose a la actuación conjunta de la CIA y el UBK, el TEDH esgrimió que “*los actos objeto de queja fueron cometidos en presencia de los agentes del Estado demandado y dentro de su jurisdicción. En consecuencia, el Estado demandado debe ser considerado responsable conforme la Convención por los actos ejecutados por agentes extranjeros en su territorio con la aquiescencia o connivencia de sus autoridades*”, concluyendo más adelante que “*el Estado demandado debe ser considerado directamente responsable por la violación de los derechos del demandante desde que los agentes facilitaron el trato y luego no implementaron ninguna medida que de acuerdo a las circunstancias del caso podría haber sido necesaria para haber prevenido su ocurrencia*”<sup>1443</sup>. Por otra parte y en lo que respecta al traslado de la víctima, el TEDH consideró que el Estado macedonio había vulnerado la prohibición de la tortura y específicamente el principio de no devolución, porque sus autoridades “*sabían o deberían haber sabido que había un riesgo real de que el demandante podría haber sido sometido a un trato contrario al artículo 3 de la Convención*”<sup>1444</sup>.

Este caso resulta interesante por haber sido tratado en numerosas sedes, tanto nacionales como internacionales, aunque con resultados contrastantes. En sedes nacionales las demandas interpuestas no tuvieron éxito a causa de la aplicación del secreto de Estado o por la denegación de la extradición, mientras que a nivel internacional se obtuvo una condena del hecho por parte del TEDH, tribunal que reconoció el carácter ilícito de las entregas extraordinarias, elaboró una definición de la misma, identificó los derechos del CEDH que resultaron infringidos y comprobó las conexiones existentes entre los agentes de los Estados involucrados.

---

*to another, for the purposes of detention and interrogation outside the normal legal system, where there was a real risk of torture or cruel, inhuman or degrading treatment”.*

<sup>1442</sup> Íd., párrs. 235 y 240.

<sup>1443</sup> Íd., párr. 206 (“*the acts complained of were carried out in the presence of officials of the respondent State and within its jurisdiction. Consequently, the respondent State must be regarded as responsible under the Convention for acts performed by foreign officials on its territory with the acquiescence or connivance of its authorities*”) y 211 (“*The respondent State must be considered directly responsible for the violation of the applicant’s rights under this head since its agents actively facilitated the treatment and then failed to take any measures that might have been necessary in the circumstances of the case to prevent it from occurring*”).

<sup>1444</sup> Íd., párr. 218: “*knew or ought to have known, at the relevant time, that there was a real risk that the applicant would be subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention*”, agregando en el párr. 219 que no requirió siquiera garantías diplomáticas para evitar el riesgo de maltrato.

### 2.2.4.2.3. *Al Nashiri y Abu Zubaydah*

Muy recientemente, el TEDH ha emitido dos sentencias, *Al Nashiri y Husayn (Abu Zubaydah)*, ambas contra Polonia, condenando a este Estado por su complicidad en el programa de entregas extraordinarias de la CIA<sup>1445</sup>.

Abu Zubaydah fue arrestado en marzo de 2002 en Pakistán por agentes norteamericanos<sup>1446</sup>. Se sospechaba que él era uno de los hombres más importantes de Al Qaeda y que había desempeñado un papel preponderante en la planificación del atentado terrorista de las Torres Gemelas<sup>1447</sup>. Actualmente se encuentra detenido en Guantánamo, sin haber sido sometido a juicio<sup>1448</sup>.

A su vez, Al Nashiri fue detenido en Dubái e inmediatamente trasladado a “Salt Pit”, un centro de detención secreto de la CIA ubicado en Afganistán<sup>1449</sup>. Al Nashiri era sospechoso de haber planificado y dirigido los atentados contra el destructor norteamericano “USS Cole” y contra el petrolero de bandera francesa “MC Limburg”<sup>1450</sup>. También se encuentra detenido en Guantánamo, sometido a un juicio que se encuentra pendiente ante una Comisión Militar norteamericana<sup>1451</sup>.

Aunque se trata de dos sentencias diferentes, el TEDH realizó un análisis conjunto de los dos casos. Ello se debió al hecho de que ambas víctimas habían sido sometidas a la aplicación del programa de entregas extraordinarias de la CIA. Además, los dos casos compartían muchas similitudes en cuanto a los hechos, porque Abu Zubaydah y Al Nashiri permanecieron privados de libertad contemporáneamente en los mismos centros de detención secretos en Tailandia y Polonia durante un período de

---

<sup>1445</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, application no. 7511/13, judgment, 24 de julio de 2014; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, application no. 28761/11, judgment, 24 de julio de 2014.

<sup>1446</sup> TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 55, 82, 311 y 397.

<sup>1447</sup> Íd., párr. 83.

<sup>1448</sup> Íd., párr. 552.

<sup>1449</sup> TEDH, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 83-84.

<sup>1450</sup> Íd., párrs. 45-46. Ambos atentados fueron cometidos respectivamente en los años 2000 y 2002, en el Golfo de Adén en Yemen, empleándose una técnica similar.

<sup>1451</sup> Íd., párrs. 107-111 y 112-127.

tiempo y fueron interrogados por el mismo equipo de la CIA mediante la aplicación de técnica de tortura similares<sup>1452</sup>.

Una multiplicidad de razones hace que estas dos sentencias sean muy interesantes para el estudio de las entregas extraordinarias. Desde luego, se suman a la sentencia *El Masri*. En ese sentido, se trata de precedentes que marcan el principio de una espiral jurisprudencial del TEDH que probablemente se irá ampliando con el transcurso del tiempo, dado que no son pocas las demandas pendientes de resolución sobre casos similares. En línea con lo anterior, estas sentencias representan un antecedente adicional para comprobar la participación de los Estados europeos en la puesta en marcha del programa de entregas extraordinarias de la CIA, antecedente que se suma a la detallada documentación elaborada en el seno del Consejo de Europa y la Unión Europea. Se trata de una realidad dura y vergonzosa de la que Europa debe extraer alguna lección para la protección de los derechos humanos.

Pasando a los aspectos más sustantivos del fallo, cabe destacar que la actitud que el Estado polaco mantuvo a lo largo del proceso es signa de un severo reproche. En incontables instancias el TEDH requirió a Polonia que aportare al proceso la información sobre las investigaciones penales realizadas a nivel interno. Para intentar justificar el incumplimiento de este requerimiento Polonia se escudó en el secreto de Estado por razones de seguridad nacional. El Estado demandado pretendió fijar las condiciones, el procedimiento y la modalidad de acceso a estos documentos, cuestión que afortunadamente no fue aceptada por el TEDH, porque el procedimiento para la aportación de la prueba en el proceso está regulado en el CEDH y complementado por lo que disponga el TEDH, dueño de su propio procedimiento (*master of is own procedure*), no pudiendo los Estados Partes alegar el incumplimiento de este requerimiento basándose en impedimentos del Derecho interno<sup>1453</sup>.

---

<sup>1452</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 92-121 y 401-419; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 85, 91-97, 103-106 y 401-417. Ambas víctimas estuvieron detenidas en el centro de detención “Catseye” en Tailandia y luego fueron trasladados a Polonia, permaneciendo privadas de libertad en el centro de detención “Quartz”, ubicado en las instalaciones de la base militar de entrenamiento “Stare Kiejkuty” en la ciudad de Szczytno.

<sup>1453</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 15-40, 339 y 355-369; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 17-40, 345 y 363-376.

Según el TEDH podría haberse recurrido a ciertas medidas especiales aplicadas exitosamente en sentencias anteriores, que hubieran permitido la aportación de la información requerida resguardándose los intereses de seguridad nacional alegados por el Estado demandado<sup>1454</sup>. El Tribunal recordó que la aportación de este tipo de información es esencial para el efectivo funcionamiento del sistema de demandas individuales<sup>1455</sup>. Además, resaltó que el secreto de Estado debe someterse a ciertas limitaciones. Ante las graves violaciones a los derechos humanos provocadas por la política de las entregas extraordinarias ejecutada en territorio polaco por agentes estatales extranjeros, las víctimas y la sociedad en su conjunto tienen el derecho a saber lo ocurrido. Mediante el acceso a la información se asegura un escrutinio público de las investigaciones, el control democrático de los servicios de inteligencia y el fortalecimiento de la confianza sobre las instituciones públicas<sup>1456</sup>.

Desde el punto de vista sustantivo, el TEDH declaró la infracción de varios derechos. Quizás las reflexiones más interesantes fueron las esbozadas a propósito de la prohibición de la tortura. En la sentencia se explica detalladamente en qué consistió el programa de “Detenidos de Alto Valor” (*High-Value Detainees*) implementado durante la “Guerra contra el terrorismo”. Dicho con palabras muy sencillas, este programa autorizó las detenciones secretas e incommunicadas de presuntos terroristas en centros de detención extranjeros y, por tanto, no sujetos a la jurisdicción norteamericana. Asimismo, permitió la práctica institucionalizada de interrogatorios mediante el uso de una decena de técnicas de tortura (*Enhanced Interrogation Techniques* o “*técnicas mejoras de interrogación*”). Entre estas técnicas se incluían bofetadas, confinamiento en cajas de pequeño tamaño, introducción de insectos inofensivos en dichas cajas, ahogamiento controlado o *waterboarding*, sacudidas, empujones, posiciones corporales estresantes y privación de sueño por un máximo de once días continuados<sup>1457</sup>. Abu

---

<sup>1454</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párr. 357 y 360; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 365 y 367, mencionando entre las medidas aplicables: la supresión de pasajes sensibles en la documentación, el acceso restringido a la misma o la realización de audiencias *in camera*.

<sup>1455</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 352-354; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 360-362.

<sup>1456</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 488-492; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 494-499.

<sup>1457</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 45-69; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 45-71.

Zubaydah fue el primer detenido a quien se le aplicaron estas técnicas<sup>1458</sup>. Por su parte, Al Nashiri, también fue sometido a algunas de estas horribles torturas<sup>1459</sup>. La prohibición de la tortura también fue afectada en su aspecto procedimental debido a la deficiente investigación realizada a nivel interno, que se prolongó por más de seis años sin alcanzar ningún tipo de resultado<sup>1460</sup>.

Atendido al carácter secreto e incomunicado de la detención, ambas sentencias consideraron que se había infringido el derecho a la libertad personal. El TEDH destacó que el carácter secreto de la detención tenía por objeto despojar a las víctimas de toda posibilidad de ejercicio de un recurso efectivo destinado a prevenir la tortura y la desaparición forzada<sup>1461</sup>. Por su parte, el derecho a la vida privada fue declarado infringido por su relación con las infracciones a la prohibición de la tortura y la libertad personal<sup>1462</sup>. Las sentencias tampoco se esmeraron en la fundamentación de la afectación del derecho al recurso, aclarando simplemente que estaba conectada con el resto de las violaciones<sup>1463</sup>.

Finalmente, ambas sentencias declararon la vulneración del debido proceso, porque Polonia debería haber previsto que al ser conducidos fuera de su territorio, los detenidos serían llevados a Guantánamo y procesados por las Comisiones Militares norteamericanas. Estos tribunales no gozan de ningún crédito, porque no ofrecen las garantías de independencia e imparcialidad, al estar compuestos por oficiales activos y al depender del Ejecutivo. Asimismo, el procedimiento que se substancia ante estos

---

<sup>1458</sup> TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 50, 82-91, 100-107, 118-121, 401-404, 416-419 y 503-511.

<sup>1459</sup> TEDH, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 85-90, 98-102, 401-404, 406, 416-417 y 510-516.

<sup>1460</sup> TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 125-170, 481-493 y 512-514; TEDH, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 131-176, 487-499 y 517-519. La investigación inició seis años después de los hechos y se prolongó por otros seis años sin que se identificara a ningún sospechoso. Además, hubo un sinnúmero de dilaciones injustificadas y el funcionario encargado de dirigirla fue reemplazado en numerosas ocasiones. Finalmente, la investigación mantuvo en todo momento un carácter secreto, imposibilitando a los representantes de las víctimas obtener alguna información sobre su evolución.

<sup>1461</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 80-81, 100, 102, 118 y 524-526; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 98, 102 y 530-532.

<sup>1462</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 533-534; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 538-540.

<sup>1463</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 544-545; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 550-551.

tribunales carece de las garantías mínimas del debido proceso. Solo para mencionar un ejemplo, se admite la validez de pruebas obtenidas mediante tortura<sup>1464</sup>.

De hecho, la situación procesal actual de los detenidos demuestra graves falencias en la aplicación de las garantías procesales. Abu Zubaydah lleva más de doce años detenido sin que se le hayan formulado cargos<sup>1465</sup> y en contra de Al Nashiri se han formulado cargos exigiéndose la aplicación de la pena de muerte. En base a este último antecedente, el TEDH ha considerado infringido el *Protocolo n° 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte* anexo al CEDH, estimando que Polonia debió haber previsto la el riesgo de aplicación de la pena capital atendido a las característica de los delitos que se le imputarían a la víctima y del procedimiento mediante el cual sería juzgada<sup>1466</sup>.

En lo que se refiere a los traslados de los detenidos hacia el extranjero, el TEDH también consideró que Polonia estaba informada que los detenidos podrían ser sometidos a un régimen de detención secreta e incomunicada, interrogados mediante el uso de torturas. En ese sentido, la aquiescencia de Polonia al permitir el traslado de los detenidos pese a la existencia de esos riesgos, constituyó un antecedente adicional para declarar la afectación de la prohibición de la tortura y el derecho a la libertad personal<sup>1467</sup>.

Pasando a otro tema de interés, debe destacarse que ante la falta de cooperación del Estado demandado, el TEDH consideró pertinente recurrir a la prueba de presunciones. Esta conclusión, además, se reforzó en la carencia de pruebas directas sobre las detenciones y tortura de las víctimas durante su estadía en Polonia, debido al carácter secreto de las entregas extraordinarias<sup>1468</sup>.

---

<sup>1464</sup> Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 73-75 y 555-561; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 75-77 y 565-569.

<sup>1465</sup> TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párr. 559.

<sup>1466</sup> TEDH, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 578-579. Cfr. *Protocolo n° 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte*, Estrasburgo, 28 de abril de 1983, art. 1.

<sup>1467</sup> TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 450-455, 513, 525 y 560; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 518, 531 y 539.

<sup>1468</sup> TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 352, 368, 393-400 y 481; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 360, 375, 393-400, 410-415, 487 y 514-516.

Una última cuestión que merece ser destacada dice relación con el enfoque asumido por el TEDH para atribuir los hechos a Polonia. En general, la imputabilidad se funda en una mezcla de aquiescencia y complicidad del Estado polaco ante las entregas extraordinarias<sup>1469</sup>. Por un lado, aunque no se acreditó la participación directa de agentes estatales en los interrogatorios, el Estado sabía que en su territorio agentes estatales extranjeros estaban practicando detenciones secretas y torturas y no hizo nada para impedirlo. Entre los antecedentes que se tuvieron en cuenta para alcanzar esta conclusión se prestó importancia al hecho de que los detenidos llegaran a Polonia en un avión que aterrizó en Szimany y que fueran mantenidos privados de libertad en una base militar polaca. Además, la colaboración de Estados europeos en la práctica de las entregas extraordinarias se tornó un hecho público tras los informes del Consejo de Europa, que mencionaban a Polonia entre los Estados colaboradores<sup>1470</sup>. Asimismo, la deficiente investigación interna fue interpretada como una manifestación de la voluntad del Estado polaco de mantener el carácter secreto de las entregas extraordinarias practicadas en su territorio<sup>1471</sup>. Pero además de una actitud condescendiente, Polonia también cooperó activamente con la ejecución de estos crímenes, proporcionando logística y seguridad y permitiendo que las víctimas fueran mantenidas secretamente privadas de libertad y torturadas en centros de detención ubicados en su territorio<sup>1472</sup>.

En conclusión se trata de dos sentencias categóricas, que dejan al descubierto la existencia de una política institucionalizada de entregas extraordinarias dirigida por Estados Unidos con la colaboración de otros Estados y que ha implicado la vulneración de varios derechos fundamentales.

---

<sup>1469</sup> De hecho, ambas sentencias citan como fuente jurídica al art. 16 del PRIEHII sobre la ayuda o asistencia prestada por un Estado en la comisión de un hecho ilícito de otro Estado. Cfr. TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párr. 201; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párr. 207.

<sup>1470</sup> TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 442-444, 449 y 512. Para el resto de los antecedentes que sirvieron de base a esta conclusión, vid. íd., párrs. 420-441. Cfr. el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 442, 452, 517, 539 y 418-439.

<sup>1471</sup> TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párr. 484, 486 y 524-525; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 490, 492 y 530-531.

<sup>1472</sup> TEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, cit., párrs. 444-445, 449, 512 y 524-525; el mismo, *Al Nashiri vs. Poland*, cit., párrs. 442-443, 452, 517 y 530-531.



#### 2.2.4.2.4. Agiza

El caso de Agiza ha sido resuelto por el CAT. Según los hechos, el Gobierno sueco, basándose en un informe de la policía sueca que calificaba de terrorista a Agiza, rechazó una solicitud de asilo presentada por éste y su cónyuge y decretó la deportación inmediata de ambos solicitantes, aunque la esposa de Agiza logró eludir la medida pasando a la clandestinidad. Agiza fue entregado a la CIA en el aeropuerto de Bromma y luego conducido a Egipto, donde permaneció detenido durante un largo lapso de tiempo. Además, fue sometido a torturas y malos tratos, tanto en el aeropuerto sueco, como en los centros de detención egipcios<sup>1473</sup>.

En la decisión del Comité se aclaró que hubo tres Estados involucrados en la operación. Los agentes estadounidenses proporcionaron la aeronave para el transporte y procedieron a torturar a la víctima en el aeropuerto. Los agentes egipcios mantuvieron a Agiza privado de libertad y lo interrogaron aplicando tortura<sup>1474</sup>. Finalmente, las autoridades suecas infringieron el principio de no devolución al decretar la deportación de la víctima pese a conocer el riesgo de que sufriera tortura en Egipto<sup>1475</sup>.

Este caso destaca por haber sido pronunciado por el CAT en el marco de los procedimientos convencionales de Naciones Unidas. El pronunciamiento se centró en la infracción del principio de no devolución y resulta interesante por haber comprobado las interrelaciones entre existentes entre los agentes de los diversos Estados involucrados en el hecho.

---

<sup>1473</sup> CAT, *Agiza vs. Suecia*, comunicación n° 233/2003, 20 de mayo de 2005, párrs. 2.1-2.8. Cfr. PACE, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*. Rapporteur: Mr Dick MARTY, cit., párrs. 150-161; PE, *Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos* (2006/2200(INI)). Ponente: Giovanni Claudio FAVA. A6-0020/2007, cit., párrs. 96-101.

<sup>1474</sup> CAT, *Agiza vs. Suecia*, cit., párrs. 10.6, 11.13 y 13.4.

<sup>1475</sup> Íd., párrs. 13.2-13.8, destacándose que las garantías diplomáticas otorgadas por Egipto no podían considerarse suficientes para evitar ese riesgo. Es interesante destacar que el CAT rechazó una queja individual anterior presentada por la cónyuge de Agiza argumentando que las garantías diplomáticas egipcias habían sido suficientes. En el segundo pronunciamiento, el CAT justificó este error en el desconocimiento de los antecedentes y a la falta de colaboración del gobierno sueco. Cfr. íd., párr. 13.5; CAT, *Attia vs. Suecia*, comunicación n° 199/2002, 17 de noviembre de 2003, párr. 12.3 y PACE, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*. Rapporteur: Mr Dick MARTY, cit., párrs. 157-160.

#### 2.2.4.2.5. Alzery

Este caso está íntimamente conectado con el anterior, ya que Alzery era amigo de Agiza y al igual que él, había solicitado asilo ante las autoridades suecas. Por ende, las circunstancias del caso son muy similares: a Alzery también se le rechazó la solicitud de asilo decretándose su inmediata deportación a Egipto. Fue detenido por la policía sueca y conducido al aeropuerto de Bromma para ser entregado a agentes de la CIA, quienes lo trasladaron a Egipto. La víctima fue sometida a malos tratos en el aeropuerto, en el avión y en los centros de detención egipcios. Finalmente, fue puesto en libertad sin que mediare acusación alguna. El HRC condenó al Estado sueco por malos tratos y la infracción del principio de no devolución<sup>1476</sup>.

Esta decisión no trata con detalle la interrelación existente entre las autoridades de los diferentes países involucrados, aunque concluyó que Suecia fue responsable por haber prestado su consentimiento o aquiescencia a agentes de un Estado extranjero para la comisión de hechos ilícitos en su territorio.

#### 2.2.4.2.6. Arar

Arar, ciudadano sirio-canadiense, fue arrestado en el aeropuerto de Nueva York por la policía norteamericana. Después de ser mantenido en prisión durante dos semanas, las autoridades norteamericanas lo deportaron a Siria, previa escala en Amán, donde fue recibido por agentes del servicio de seguridad jordano. Gracias a la intervención de Canadá fue puesto en libertad tras cuatro meses de prisión durante los que fue sometido a torturas<sup>1477</sup>.

La víctima presentó una demanda ante la justicia norteamericana, pero similarmente a lo ocurrido con el caso de *El-Masri*, el Gobierno de Estados Unidos alegó la aplicación del secreto de Estado y la demanda fue rechazada en primera

---

<sup>1476</sup> HRC, *Alzery vs. Suecia*, cit., párrs. 3.1-3.18. Cfr. PACE, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*. Rapporteur: Mr Dick MARTY, cit., párrs. 150-161; PE, *Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos* (2006/2200(INI)). Ponente: Giovanni Claudio FAVA. A6-0020/2007, cit., párrs. 96-101.

<sup>1477</sup> PACE, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*. Rapporteur: Mr Dick MARTY, cit., párrs. 177-183. NOWAK, "Extraordinary Renditions...", cit., pp. 128-130.

instancia por el Tribunal del Distrito Este de Nueva York. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito admitió en forma el recurso de apelación interpuesto por la víctima y decidió repetir el juicio. Sin embargo, repetido el juicio, la Corte confirmó la sentencia de primera instancia. También se intentó infructuosamente una petición de *certiorari*, ante la Corte Suprema<sup>1478</sup>.

Por otro lado, en Canadá se creó una Comisión de Investigación con el mandato específico de esclarecer las responsabilidades de las autoridades canadienses y proponer algunas recomendaciones. La investigación concluyó con un informe ingente que, en más de mil páginas, describió la participación de los agentes canadienses en la entrega extraordinaria de Arar. Muy resumidamente, el informe señaló que la Policía Montada del Canadá (*Royal Canadian Mounted Police* o *Gendarmerie Royale du Canada*) a través de su unidad antiterrorista denominada Proyecto A-O, proporcionó indebidamente a las autoridades norteamericanas información sobre Arar, sin la adopción de las salvaguardas necesarias, situación que pudo haber influido en la decisión de su detención y deportación. Además, el informe dio cuenta de numerosas negligencias del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional (*Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade*) y del Servicio de Inteligencia y Seguridad (*Canadian Security Intelligence Service*). Tales negligencias, probablemente, retrasaron la puesta en libertad de la víctima. La Comisión recomendó concederle una cuantiosa reparación, por haber sido torturado y por la afectación de su reputación. Además, recomendó presentar reclamaciones formales ante los Gobiernos de Estados Unidos y Siria por su participación en los hechos<sup>1479</sup>.

---

<sup>1478</sup> La sentencia de primera instancia es del TRIBUNAL DEL DISTRITO ESTE DE NUEVA YORK (*DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF NEW YORK*). *Arar vs. Ashcroft*, 414 F.Supp.2d 250 (E.D. N.Y. 2006). Para las decisiones de la CORTE DE APELACIONES DEL SEGUNDO CIRCUITO (*COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT*), cfr. *Arar vs. Ashcroft*, 532 F.3d 157 (2d Cir. 2008); *Arar vs. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2d Cir. 2009) (en banc). La decisión de la Corte Suprema es *Arar vs. Ashcroft*, cert. denied 130 S.Ct. 3049 (2010). Para un comentario crítico a estas decisiones, basado en la defensa del principio de no devolución, vid. RYAN, Daniel. "International Law: Prohibition on Refoulement-Remedies; Maher Arar v. John Ashcroft et al, 532 F.3d 157 (2d Cir. 2008)", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 32, Issue 3, 2009, pp. 739-750. Para la crítica de la normativa estadounidense sobre inmigración aplicada a Arar para los efectos de su deportación, vid. CRADDOCK, Erin. "Torturous Consequences and the Case of Maher Arar. Can Canadian solutions "Cure" the Due Process Deficiencies in U. S. Removal Proceedings?", *Cornell Law Review*, vol. 93, Issue 3, 2008, pp. 621-658.

<sup>1479</sup> COMMISSION OF INQUIRY INTO THE ACTIONS OF CANADIAN OFFICIALS IN RELATION TO MAHER ARAR. *Report of the Events Relating to Maher Arar*. Analysis and Recommendations. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006, especialmente, pp. 13-16, que contienen el resumen de las conclusiones del informe y se refieren a la participación de los agentes estatales en los hechos; pp. 53-62, sobre la afectación de los derechos de Arar y pp. 361-363, que contienen las

El caso es importante, porque por primera vez un órgano nacional de carácter extrajudicial reconoció la procedencia de una reparación por la intervención de agentes estatales en una entrega extraordinaria. Además, la recomendación de presentar reclamaciones formales al resto de los Estados involucrados implica un reconocimiento tácito de la participación de esos Estados en los hechos. El informe de la Comisión también es importante porque otorga una versión detallada y documentada de la participación de los agentes canadienses y de las conexiones que mantenían con agencias de seguridad estadounidenses.

#### **2.2.4.2.7. El caso de los “seis argelinos”**

El caso de los “seis argelinos” se refiere a la detención de seis ciudadanos bosnios de origen argelino. La policía bosnia les arrestó porque sospechaba que habían participado en la planificación de un atentado contra la embajada estadounidense en Sarajevo. Tras una investigación preliminar, la Corte Suprema de Bosnia ordenó su puesta en libertad. Además, la HRCBH decretó como medida provisional que se ordenare al ejecutivo la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas fueran expulsadas del país mediante el uso de la fuerza. A pesar de lo ordenado por estas resoluciones, los seis argelinos fueron entregados a agentes del ejército estadounidense y llevados a Guantánamo<sup>1480</sup>.

---

recomendaciones nº 21-23 sobre la reparación y las reclamaciones formales que se sugiere dirigir contra Estados Unidos y Siria. Integran el informe dos volúmenes adicionales sobre la recopilación de los antecedentes, el procedimiento seguido y la determinación de los hechos: *Report of the Events Relating to Maher Arar*. Factual background. 2 vols. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006. El informe viene alabado en PACE, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*. Rapporteur: Mr Dick MARTY, cit., párrs. 325-334. En definitiva, Arar recibió la cuantiosa indemnización de 11,5 millones de dólares canadienses y una disculpa pública del Primer Ministro.

<sup>1480</sup> Para un recuento de los hechos, cfr. HRCBH, *Hadž Boudellaa, Boumediene Lakhdar, Mohamed Nechle and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, decision on admissibility and merits, cases nos. CH/02/8679, CH/02/8689, CH/02/8690 and CH/02/8691, 11 de octubre de 2002, párrs. 5, 32-55 y 209; la misma, *Belkasem Bensayah against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, decision on admissibility and merits, case no. CH/02/9499, 4 de abril de 2003, párrs. 1-4 y 14-51; PACE, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*. Rapporteur: Mr Dick MARTY, cit., párrs. 133-149; PE, *Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos* (2006/2200(INI)). Ponente: Giovanni Claudio FAVA. A6-0020/2007, cit., párr. 93. Un comentario de estas resoluciones puede consultarse en AI. *Bosnia-Herzegovina*. Unlawful Detention of Six Men from Bosnia- Herzegovina in Guantánamo Bay [En línea]. *Amnistía Internacional*, EUR 63/013/2003, 29 de mayo de 2003. Disponible en

El caso fue sometido al conocimiento de la HRCBH, que emitió dos resoluciones constatando que la entrega de las víctimas a las fuerzas armadas estadounidenses se había realizado sin cumplir con el procedimiento nacional de entrega o extradición y garantizado en el Protocolo n° 7 del CEDH<sup>1481</sup>. Además, concluyó que se había vulnerado el principio de presunción de inocencia, porque las autoridades del Ejecutivo bosnio intentaron privar a las víctimas de su ciudadanía para el sólo efecto de expulsarlas del territorio<sup>1482</sup>. Asimismo, consideró que la privación de libertad de los “seis argelinos” había sido abiertamente ilegal<sup>1483</sup>.

En base a un análisis del Derecho norteamericano, especialmente, del procedimiento aplicable a las víctimas y de los delitos que podrían imputárseles, la HRCBH concluyó que el proceso podía concluir con la imposición de la pena de muerte, con lo cual la entrega de los detenidos había supuesto una violación al artículo 1 del Protocolo n° 1 anexo al CEDH sobre la prohibición de la pena capital<sup>1484</sup>. Sin embargo, la HRCBH desestimó la infracción del principio de no devolución, porque no

---

<http://www.amnesty.org/es/library/asset/EUR63/013/2003/en/87bf0d4-d6db-11dd-ab95-a13b602c0642/eur630132003en.pdf>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

<sup>1481</sup> *Protocolo n° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984, art. 1.

<sup>1482</sup> A nivel nacional no se substanció ningún procedimiento formal de extradición o expulsión. Las autoridades bosnias recurrieron a algunos resquicios legales para intentar disfrazar las entregas extraordinarias con un ápice de legalidad. Por ejemplo, intentaron privar a las víctimas de su ciudadanía y les notificaron órdenes de denegación de entrada al territorio bosnio, aunque ambas medidas fueron ineficaces por adolecer de irregularidades formales y materiales. Por una parte, no había motivo plausible que fundamentare la privación de la ciudadanía. Por otra parte, el procedimiento al que se recurrió para el logro de ese objetivo aún estaba pendiente al momento de las entregas. En cuanto a la denegación de entrada, técnicamente, no puede equipararse a una expulsión o entrega. Además, adolecía de irregularidades, porque fue notificada por los militares estadounidenses, quienes no tenían competencia para el cumplimiento de este trámite. La notificación, además, se realizó a la salida del territorio –no se olvide que la denegación era para la entrada– en el mismo avión que conduciría las víctimas a los centros de tortura de Guantánamo, imposibilitando el ejercicio de cualquier recurso. Para las consideraciones de la HRCBH sobre estos temas, cfr. *Hadž Boudellaa, Boumediene Lakhdar, Mohamed Nechle and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párrs. 164-205 y 238-250; la misma, *Belkasem Bensayah against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párrs. 111-127.

<sup>1483</sup> El procedimiento judicial norteamericano aplicable a los delitos de terrorismo vulnera varias garantías del debido proceso y se substancía ante un tribunal que no cumple con todas las exigencias de independencia e imparcialidad. Este tipo de falencias, en opinión del HRCBH, incrementaban la posibilidad de que se impusiere la pena capital. Cfr. HRCBH, *Hadž Boudellaa, Boumediene Lakhdar, Mohamed Nechle and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párrs. 206-237; la misma, *Belkasem Bensayah against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párrs. 134-173.

<sup>1484</sup> Vid. *Protocolo n° 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte*, Estrasburgo, 28 de abril de 1983. Cfr. HRCBH, *Hadž Boudellaa, Boumediene Lakhdar, Mohamed Nechle and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párrs. 253-300; *Belkasem Bensayah against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párrs. 185-199.

se había demostrado la existencia de razones sustanciales para creer que las víctimas corrían un riesgo real de ser sometidos a torturas en Guantánamo<sup>1485</sup>. Este aspecto de las sentencias es discutible a la luz de lo que ha ocurrido y sigue ocurriendo en ese centro de detención.

De cara a la responsabilidad internacional, las resoluciones son muy categóricas cuando aclaran que la entrega extraordinaria de los seis argelinos respondió a una voluntad manifiesta de Estados Unidos<sup>1486</sup>. Con respecto a la responsabilidad de Bosnia y Herzegovina, la Sala reconoció que sus autoridades estaban conscientes de una probable entrega de las víctimas a las fuerzas estadounidenses. Las autoridades estatales habían proporcionado información a Estados Unidos, con lo cual no podían desconocer el riesgo de que en un futuro próximo se practicaren detenciones ilegales. Por esta razón, Bosnia y Herzegovina tenía la obligación de prevenir este tipo de ilícitos<sup>1487</sup>.

En relación con la responsabilidad de la Federación de Bosnia y Herzegovina, cuyos policías practicaron la entrega de las víctimas a los militares estadounidenses, la Sala argumentó que tenían la obligación de rechazar el cumplimiento de una eventual orden recibida por el Estado de Bosnia y Herzegovina. Sin embargo, los policías actuaron como un instrumento de este último Estado, con lo cual la Federación de Bosnia y Herzegovina no podía ser absuelta de responsabilidad<sup>1488</sup>. En opinión de la

---

<sup>1485</sup> Cfr. HRCBH, *Hadž Boudellaa, Boumediene Lakhdar, Mohamed Nechle and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párrs. 301-320; la misma, *Belkasem Bensayah against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párrs. 200-206. En esta última resolución, la Sala reconoció que desde la dictación de la sentencia sobre el caso *Boudella* se habían recopilado muchos antecedentes que acreditaban las pésimas condiciones de los detenidos en Guantánamo. Sin embargo, no consideró vulnerado el principio de no devolución, porque los Estados demandados no podían prever dichas circunstancias a la época de las entregas.

<sup>1486</sup> Cfr. HRCBH, *Hadž Boudellaa, Boumediene Lakhdar, Mohamed Nechle and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párrs. 227 y 235; la misma, *Belkasem Bensayah against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párr. 164.

<sup>1487</sup> Cfr. HRCBH, *Hadž Boudellaa, Boumediene Lakhdar, Mohamed Nechle and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párr. 235; la misma, *Belkasem Bensayah against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párr. 171.

<sup>1488</sup> Cfr. HRCBH, *Hadž Boudellaa, Boumediene Lakhdar, Mohamed Nechle and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párr. 236; la misma, *Belkasem Bensayah against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párr. 172.

HRCBH, “*la detención tenía por objeto mantener bajo control al demandante hasta su entrega a las fuerzas de Estados Unidos*”<sup>1489</sup>.

Lo más destacable de esta jurisprudencia estriba en la prueba de que las entregas extraordinarias fueron orquestadas por Estados Unidos y que las autoridades de Bosnia y Herzegovina estaban plenamente conscientes del riesgo que afectaba a las víctimas.

#### **2.2.4.2.8.      Apreciaciones críticas**

La jurisprudencia sobre las entregas extraordinaria es reciente y relativamente escasa, aunque cabe esperar mayores pronunciamientos sobre el tema, tanto en sede nacional como internacional. Sin embargo, el marco del Consejo de Europa y del Parlamento Europeo se ha emitido una cantidad de informes que acreditan la existencia de una verdadera política implementada por Estados Unidos para la práctica masiva de este crimen, con la colaboración de otros Estados, incluyendo Estados europeos.

En base a estos informes y a los casos analizados, es posible establecer algunos patrones generales sobre las modalidades de ejecución de este delito. En todos los casos analizados, fueron los agentes estadounidenses quienes seleccionaron la persona a secuestrar. Sin embargo, las autoridades de otros Estados colaboraron en la preparación y ejecución del secuestro, proporcionando información y soporte logístico, facilitando las comunicaciones, suministrando los medios para la comisión del hecho, participando conjuntamente en la práctica del mismo, trasladando a la víctima, participando en su privación de libertad e incluso colaborando con las torturas y los interrogatorios. En muchos de los casos citados, se demostró con claridad que los agentes estatales estadounidenses instruían a los agentes estatales de otros Estados sobre el procedimiento que debía aplicarse en las diferentes fases de esta práctica.

La estructura fáctica de este fenómeno es ideal para una eventual aplicación de la regla de las instrucciones, siempre y cuando el sujeto a quien se dirige la orden o instrucción sea un agente no estatal. Por tanto, las entregas extraordinarias han sido objeto de análisis a modo de analogía para ilustrar que es posible aplicar de las regla de

---

<sup>1489</sup> HRCBH, *Belkasem Bensayah against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, cit., párr. 165: “*The detention was aimed at keeping the applicant under control until his hand-over to the US forces*”.

las instrucciones en el juicio de imputabilidad de desapariciones forzadas. Todavía es temprano para descartar la participación de agentes no estatales en la práctica de alguna entrega extraordinaria. Habrá que esperar la evolución de la práctica sobre la materia para sacar conclusiones asentadas y para valorar la aplicación de la regla de las instrucciones<sup>1490</sup>.

## CONCLUSIONES PRELIMINARES

La reflexión sobre la imputabilidad de las desapariciones cometidas por agentes no estatales que actúan vinculados al Estado, permite extraer las siguientes conclusiones:

- 1. La regla de imputabilidad sobre el comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público no ha tenido aplicación práctica en materia de desapariciones forzadas, aunque desde el punto de vista teórico podría ser procedente a propósito de algunos contextos actuales.**

Las compañías privadas militares y de seguridad representan una categoría de agentes no estatales a quienes podría aplicarse la regla de atribución sobre el comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público. Para la procedencia de esta regla es necesario que el Estado delegue formalmente una función y que ésta sea de naturaleza pública.

Si una compañía privada militar o de seguridad se involucra en la comisión de desapariciones forzadas es altamente probable que se le haya delegado una función pública íntimamente vinculada con el uso de la fuerza, función tradicionalmente estatal.

---

<sup>1490</sup> En la doctrina ya se ha reflexionado sobre la aplicación de las reglas de imputabilidad de la responsabilidad internacional del Estado a las entregas extraordinarias. En opinión de BUTTON, op. cit., pp. 544-545, esta práctica puede ser atribuida a Estados Unidos por haber sido coordinada por un órgano estatal como *Special Removal Unit* de la CIA. Agrega que la imputabilidad procedería incluso si la actividad de dicha unidad se haya realizado *ultra vires*. BUTTON parece creer que se trata de una práctica autorizada a nivel interno. Sin perjuicio de lo anterior, aclara explícitamente que la imputabilidad se configuraría aun con más intensidad si se tratara de una práctica no autorizada por el Derecho interno, porque la sistematicidad y generalidad del fenómeno impediría sostener que se trata de un acto realizado por algunos integrantes violentos de la CIA que actúan a título privado.



Los Estados suelen recurrir a estos sujetos mediante la celebración de un contrato. Este antecedente podría bastar para satisfacer el requisito de la delegación formal. Cabe señalar que en algunos informes del GTUM se describe la participación de estas compañías en la comisión de desapariciones forzadas. Por lo tanto, el criterio de imputación en análisis podría emplearse para atribuir estos hechos al Estado que contrató dichas compañías.

## **2. La práctica internacional no otorga certezas sobre el contenido del control como estándar de atribución.**

La determinación del contenido del control como regla de atribución no es una cuestión pacífica en la práctica y la doctrina internacional. Tribunales internacionales tan importantes como la CIJ y el TPIY han dado opiniones diametralmente opuestas sobre el contenido de este criterio, la primera defendiendo el control efectivo y el segundo, el control global o de conjunto.

Por su parte, el PRIEHII no se ha atrevido a tomar posición por uno de los dos estándares de control. Las disposiciones que, directa o indirectamente, se refieren al tópico son confusas y no permiten identificar con exactitud cuántos estándares están regulados en el Proyecto, ni el contenido de los mismos. En definitiva, se trata de cuestiones que la CDI ha dejado abiertas a la interpretación de los operadores jurídicos.

## **3. Una actitud realista demanda una defensa del estándar de control global.**

En este trabajo se ha tomado la posición de defender el control global en base a cuatro líneas argumentativas. En primer lugar, este criterio debe aplicarse cuando el agente no estatal que realiza el comportamiento es un sujeto altamente organizado, dado que un nivel elevado de jerarquización permite suponer que todos los actos cometidos por el agente no estatal están sujetos a la esfera de influencia del Estado que lo controla.

En segundo lugar, existen algunas actividades específicas realizadas por el Estado en beneficio de una organización no estatal que permiten suponer el ejercicio de

un control general. Se trata de actividades sin las cuales el grupo no podría existir, ni desarrollar sus actividades, tales como: la participación del Estado en la creación e institucionalización del grupo; la coordinación de sus actividades; la elección de sus fines; la concesión de pertrechos, armamentos u otros bienes; la cooperación logística; la comisión conjunta de operativos; la remuneración y entrenamiento de sus integrantes o el financiamiento de sus actividades. Por tanto, si el grupo no podría realizar hechos ilícitos sin la colaboración significativa del Estado, cabe concluir que tales ilícitos le son imputables en base al ejercicio de un control de conjunto.

En tercer lugar, la prueba del control efectivo es demasiado complicada. Debe acreditarse que el Estado ha ordenado cada una de las operaciones específicas constitutivas del ilícito que se pretende atribuir, no bastando la prueba de una esfera general de influencia o dominio. Dado que no existe un vínculo orgánico, institucional o formal entre el grupo y el Estado, se trata de una prueba realmente difícil, tanto es así que la CIJ no ha considerado satisfechos estos criterios en ninguna de sus sentencias.

Finalmente, la realidad demuestra que los Estados recurren a los agentes no estatales para perseguir fines ilícitos evitando ser responsabilizados por ello. Frente a esta situación es coherente aplicar un estándar de atribución flexible como el control de conjunto.

**4. La regla de atribución del control global debe aplicarse para imputar al Estado las desapariciones forzadas cometidas por un sujeto no estatal que actúa con su autorización, apoyo o aquiescencia.**

Para analizar si es posible aplicar el control de conjunto a las desapariciones forzadas, se ha revisado la práctica internacional sobre agentes no estatales que detentan una vinculación significativa con el Estado.

Al respecto, destaca un conjunto de sentencias de la CorteIDH sobre las masacres cometidas por agrupaciones paramilitares, porque en ellas se ha acreditado una intensa conexión entre estas agrupaciones y el Estado. En efecto, el Estado generó las condiciones fácticas e institucionales para el surgimiento de estos grupos dándole un

sustento normativo<sup>1491</sup>; promovió su proliferación; le proporcionó toda clase de ayuda material y logística; se sirvió de ellas para perseguir a sus enemigos internos e incluso colaboró y participó con ellas en la comisión las violaciones a los derechos humanos. Estos antecedentes demostraron una vinculación intensa entre el Estado y esos agentes, acreditando que el primero ejercía una esfera de influencia sobre el segundo. En ese sentido, la prestación de un apoyo tan contundente hubiera justificado la imputabilidad de las masacres mediante la aplicación del control de conjunto.

Sin embargo, en estos casos la CorteIDH casi no se refirió a las reglas generales de atribución, porque en su opinión el sistema interamericano de protección a los derechos humanos posee un sistema autónomo de responsabilidad internacional del Estado. La CADH se erigiría como una *lex specialis* frente al régimen general, a raíz de lo dispuesto en sus dos primeros artículos sobre las obligaciones de respeto y garantía. Aplicando la teoría de las obligaciones *erga omnes*, la Corte ha concluido que los Estados deben procurar que los particulares no incurran en violaciones a los derechos consagrados en la Convención. Por tanto, el estándar que ha tomado en cuenta para valorar el cumplimiento de ese deber ha sido la diligencia debida, criterio que ha sido aplicado en la mayoría de los casos analizados.

En este capítulo se ha criticado ese enfoque, porque la Corte no ha explorado la posibilidad de recurrir a criterios que reflejen con mayor sentido de realidad la vinculación que intercede entre los paramilitares y el Estado. Sobre la base de estas críticas, se ha argumentado que el estándar de control global debe aplicarse si se demuestra la existencia de una vinculación significativa entre el Estado y la agrupación no estatal, reservándose la aplicación de la diligencia debida para situaciones en que ese vínculo es más difuso.

## **5. La regla de las instrucciones podría aplicarse para la atribución de desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales, por ejemplo, de**

---

<sup>1491</sup> Según ABRAMOVICH, op. cit., pp. 175-176, cuando el Estado ha creado el riesgo, la CorteIDH aplica una teoría intermedia entre la diligencia debida y la complicidad, teoría que este autor denomina doctrina del riesgo creado. Si bien la posición del autor es plausible, esta teoría no puede equivaler a una regla de atribución independiente, sino que debe ser considerada como un antecedente favorable para la aplicación del control de conjunto.

**entregas extraordinarias en cuya comisión hubieren participado agentes de esa naturaleza.**

En relación con la regla de las instrucciones, se ha hecho referencia al fenómeno de las entregas extraordinarias a modo de analogía, ya que se trata de una desaparición forzada con un carácter transnacional. Según la jurisprudencia y otras fuentes de organismos internacionales, suelen ser las autoridades de un único Estado quienes se hacen cargo de la comisión de este ilícito, impartiendo instrucciones al resto de los partícipes. En ese sentido, la estructura fáctica del fenómeno es ideal para la aplicación de la regla de las instrucciones, siempre y cuando los sujetos instruidos sean agentes no estatales. Sin embargo, en la jurisprudencia emitida hasta la fecha, tales sujetos suelen ser funcionarios del Estado, siendo ésta la razón por la cual el supuesto de las entregas extraordinarias se analiza sólo a modo de analogía.

De todas formas, la práctica sobre las entregas extraordinarias aún está en desarrollo y no debe descartarse *a priori* que en su comisión hayan participado agentes no estatales. De hecho, algunas fuentes comentan que el traslado de muchas de las víctimas se encargaba a compañías aéreas privadas. Teóricamente, si el sujeto que recibe la instrucción no es estatal, sería perfectamente aplicable la regla de las instrucciones para imputar las desapariciones al Estado al que pertenecen los sujetos que imparten las órdenes.

## **CAPÍTULO VIII: LA DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR AGENTE NO ESTATAL QUE ACTÚA SIN LA AUTORIZACIÓN, EL APOYO O LA AQUIESCENCIA DEL ESTADO.**

### **ACLARACIONES PRELIMINARES**

Este último epígrafe sobre la atribución de la desaparición forzada tiene por objeto analizar la responsabilidad internacional del Estado por las desapariciones cometidas por agentes no estatales que actúan sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia estatal.

En primer lugar, se realizarán algunas reflexiones generales sobre la noción de agente no estatal, destacándose su importancia para el Derecho internacional de los derechos humanos. Cabe aclarar que la responsabilidad directa de estos agentes, tanto a nivel individual como organizacional, no será tratada en este trabajo.

A continuación, se revisarán brevemente las pocas reglas que el PRIEHII consagra para la imputabilidad de los comportamientos de agentes no estatales, específicamente, el criterio sobre los actos realizados en ausencia de una autoridad oficial y el criterio sobre el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole. La brevedad de estas reflexiones se justifica por la ausencia de práctica internacional que haya aplicado tales reglas a supuestos de desapariciones forzadas.

Luego, se analizará la importancia de la diligencia debida, considerando que se trata de un estándar normativo de gran utilidad para la configuración de la responsabilidad estatal ante casos de desapariciones de autoría no estatal. Para tal efecto, se darán algunas pautas sobre el desarrollo que ha experimentado este estándar en el Derecho internacional, especialmente, en el Derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, se explicará por qué su regulación ha sido excluida del PRIEHII. Aclaradas estas cuestiones generales, se reflexionará sobre la conceptualización de la diligencia debida y sobre su naturaleza jurídica en el campo de la responsabilidad internacional del Estado.

Acto seguido, se explicará que en el Derecho internacional de los derechos humanos la diligencia debida ha tenido una gran importancia en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado por la infracción de sus deberes de prevención y sanción. Por tanto, se dará cuenta de las conexiones existentes entre este estándar y la obligación general de garantía y se repasará la práctica de algunos tribunales internacionales que han elaborado criterios para aplicar la diligencia debida a violaciones de derechos humanos de autoría no estatal.

Como ha sido la costumbre en las anteriores secciones, se dedicará un epígrafe al análisis de la práctica sobre las desapariciones forzadas de autoría no estatal, considerando las sentencias del TEDH, de la CorteIDH y la práctica del GTDFI, el CED y el HRC.

## **1. LOS AGENTES NO ESTATALES: UNA NOCIÓN EN DESARROLLO**

Para comprender mejor el funcionamiento de la imputación al Estado de las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes no estatales, es importante tener alguna idea sobre este tipo de sujetos. Por esta razón, se explicarán los principales factores que han influido en la expansión de los agentes no estatales y se dará cuenta de algunos intentos de clasificación y sistematización.

### **1.1. La difícil tarea de conceptualizar y clasificar los agentes no estatales**

La proliferación de los sujetos no estatales en las relaciones internacionales es un fenómeno que se ha desarrollado a lo largo del siglo XX y que ha interesado diversas áreas del Derecho internacional, entre ellas, el Derecho internacional de los derechos humanos. Los factores que han incidido en este fenómeno expansivo son muchos y muy diversos. Por ejemplo, ALSTON considera que algunos de los fenómenos que han incidido en el protagonismo creciente de los agentes no estatales son la globalización, la

privatización de los servicios públicos, el flujo y multiplicación de los capitales privados, la liberalización de los mercados y el fortalecimiento de la sociedad civil<sup>1492</sup>.

Asimismo, la diversificación de los conflictos armados contemporáneos ha requerido y sigue requiriendo una respuesta coherente por parte del Derecho internacional humanitario en lo que se refiere a la regulación de los agentes no estatales que participan en las hostilidades. Las guerras del presente son muy distintas a las imaginadas por los redactores de los Convenios de La Haya y de Ginebra. El estallido de focos de rebeldía o insurgencia al interior de los Estados ha sido un fenómeno habitual desde la independencia de Estados Unidos y que se ha intensificado desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Los conflictos armados son cada vez más asimétricos y en la mayoría de ellos diversos agentes no estatales participan en las hostilidades<sup>1493</sup>.

Otro problema protagonizado por los agentes no estatales es el terrorismo. Actualmente, el fenómeno tiene un alcance transnacional, dado que la preparación y ejecución de los atentados puede tener lugar en varios países. Pero también es un terrorismo global, porque puede implicar la ejecución de actos de mega-terrorismo, esto es, actos de magnitud y consecuencias a escala mundial<sup>1494</sup>.

---

<sup>1492</sup> Vid. ALSTON. “The ‘Non-a-Cat’ Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?”, en ALSTON, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 17-19. En un sentido similar, cfr. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, cit., pp. 3-23 y “Non-State Actors”, cit., pp. 564-566, identificando cuatro fenómenos que influyen en el protagonismo de los actores no estatales y que motivan una respuesta por parte del Derecho internacional de los derechos humanos: la globalización, la privatización, la fragmentación y la feminización. Según HESSBRUEGGE, op. cit, pp. 21-22, tras la finalización de la Guerra fría se produjo una suerte de “medievalización” de las relaciones internacionales que implicó una redistribución del poder no sólo entre los Estados, sino también entre un conjunto de actores no estatales, v. gr., las empresas transnacionales, los grupos no estatales armados e incluso las ONGs. Por su parte, BÖRZEL, Tanja A./RISSE, Thomas. “Human Rights in Areas of Limited Statehood: the New Agenda”, en RISSE, Thomas/ROPP, Stephen C./SIKKINK, Kathryn. *The Persistent Power of Human Rights: from Commitment to Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 65-84, explican que la debilitación de los Estados en el ejercicio de la autoridad pública y en el monopolio de la fuerza ha otorgado protagonismo a entidades no estatales.

<sup>1493</sup> Cfr. CASSESE, *International law in a divided world*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 81, reseñando los principales hitos históricos insurreccionales; CLAPHAM, “Non-State Actors”, cit., pp. 565-566, refiriéndose a este proceso con el nombre de “Fragmentación de los Estados” (*Fragmentation of States*); FLECK, Dieter. “Humanitarian Protection against Non-State Actors”, en FROWEIN, Jochen/SCHARIOTH, Klaus/WINKELMANN, Ingo/WOLFRUM, Rüdiger (eds.). *Verhandeln für den Frieden-Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel*. Berlín: Springer, 2003, p. 70.

<sup>1494</sup> OLÁSULO, Héctor/PÉREZ CEPEDA, Alicia. *Terrorismo internacional y conflicto armado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 30-33.

La interrelación de todos estos factores debilita cada vez más el papel del Estado en la comunidad internacional, incide en el surgimiento de nuevos sujetos de Derecho internacional y demanda a esta disciplina respuestas normativas adecuadas y eficientes.

Pero ¿qué son los agentes no estatales? Se trata de un concepto en desarrollo, sobre el cual no existen muchas certezas. Incluso la nomenclatura de agente no estatal ha sido criticada por algunos autores, ya que la utilización de una expresión negativa no puede ser fruto del azar, sino el resultado de la tendencia tradicional del Derecho internacional que insiste en considerar al Estado como el principal sujeto internacional. En opinión de ALSTON, “*esta insistencia en definir todo actor en términos de lo que no es, además de su habilidad para ofuscar casi todo debate, combina un impecable purismo en términos de análisis jurídico internacional tradicional con una capacidad sin paralelo de marginar una parte significativa del régimen internacional de los derechos humanos del más vital de los desafíos en los albores del siglo veintiuno*”<sup>1495</sup>. Se trata de una actitud estatocéntrica que ha tenido una de sus más claras manifestaciones en el discurso y la codificación internacional de los derechos humanos, ya que “*todo documento de derechos humanos producido bajo los auspicios de las Naciones Unidas exige a sus autores una genuflexión ante el altar de la soberanía del Estado*”<sup>1496</sup>.

Sin embargo, es una exigencia de nuestro presente –con una clara proyección hacia el futuro– reimaginar la regulación internacional de la protección de los derechos humanos incorporando los agentes no estatales<sup>1497</sup>. Esta hoja de ruta presenta dos obstáculos esenciales. El primero estriba en dilucidar si los agentes no estatales pueden

---

<sup>1495</sup> ALSTON, “The ‘Non-a-Cat’ Syndrome...”, cit., p. 3: “*apart from its ability from obfuscate almost any debate, this insistence upon defining all actor in terms of what they are not combines impeccable purism in terms of traditional international legal analysis with an unparalleled capacity to marginalize a significant part of the international human rights regime from the most vital challenges at the dawn of the twenty-first century*”.

<sup>1496</sup> Íd., p. 4: “*every human rights document produced under the auspices of the United Nations requires its author(s) to genuflect in this way to the altar of ‘State’ sovereignty*”. Cfr. CLAPHAM, “Non-State Actors”, cit., p. 562. Según KLABBERS, Jan. “(I Can’t Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors”, en BIANCHI, Andrea (ed.), *Non-State-Actors and International Law*. Dartmouth: Ashgate, 2009, pp. 41 y 42, no debe extrañar que ésta sea la tendencia tradicional, porque si desde la Paz de Westfalia de 1648 el orden internacional ha sido construido para regular las relaciones entre y en beneficio de los Estados, ergo estos últimos no mirarán con buenos ojos a nuevos comensales que pretendan compartir la mesa redonda de las relaciones internacionales. Por lo demás, esta forma de concebir el orden internacional ha generado una relación orgánica entre el Derecho internacional y el Estado, relación incluso simbiótica, ya que el Estado promueve y crea el Derecho internacional y éste, a su vez, proporciona la mejores soluciones para los Estados.

<sup>1497</sup> Cfr. ALSTON, “The ‘Non-a-Cat’ Syndrome...”, cit., p. 4; CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, cit., pp. 1-2.



tener alguna clase de responsabilidad individual, cuestión que no será abordada en el presente trabajo. El segundo escollo obliga a reflexionar sobre la responsabilidad que le cabe a los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por los agentes no estatales y, especialmente, por aquellos que han violado derechos humanos<sup>1498</sup>.

Antes de enfrentar esta reflexión, sin embargo, es necesario escudriñar las propuestas que se han esbozado para la conceptualización de los agentes no estatales. Podría afirmarse que esta noción agrupa un conjunto heterogéneo de entidades cuyo denominador común estriba en tener una naturaleza distinta al Estado. La lógica inherente a esta propuesta, sin embargo, no evitaría la desbordada amplitud del concepto, que terminaría aglutinando una serie de entidades demasiado diversas<sup>1499</sup>. VAN BHOVEN tiene razón cuando señala que “*ONGs, organizaciones de los pueblos, movimientos de liberación, guerrillas, minorías nacionales, étnicas o religiosas, empresas transnacionales, entidades que reclaman poder y límites soberanos, no pueden ser colocados en la misma caja*”<sup>1500</sup>.

Pues bien, en la práctica internacional se han ensayado diferentes conceptualizaciones y clasificaciones de los agentes no estatales. Un informe del Panel de Personas Eminentes sobre las relaciones entre la ONU y la sociedad civil intentó elaborar un glosario terminológico para diferenciar el sector público, el sector privado y la sociedad civil. El informe reconoció la confusión existente sobre la noción de organización no gubernamental y procedió a definirla en términos funcionales en atención a sus competencias ante la ONU. Por otra parte, la sociedad civil fue definida en términos demasiado amplios. El informe tampoco clasificó ni definió las entidades que poseen una naturaleza híbrida por detentar una doble vinculación con el sector privado y la sociedad civil, por ejemplo, los medios de comunicación, las cooperativas, las empresas financiadas por organizaciones no gubernamentales o las entidades filantrópicas o de beneficencia. Finalmente, dado que la finalidad del informe era

---

<sup>1498</sup> FARRIOR, Stephanie. “State Responsibility for Human Rights Abuses by Non-State Actors”, *American Society of International Law Proceedings*, n° 92, 1998, p. 300, para quien se trata de uno de los temas más “ardientes” del discurso de los derechos humanos.

<sup>1499</sup> CLAPHAM, “Non-State Actors”, cit., p. 561.

<sup>1500</sup> VAN BOVEN, Theo. “Non-State Actors. Introductory Comments [1997]”, en COOMANS, Fons/FLINTERMAN, Cees/GRUNFELD, Fred/ WESTENDORP, Ingrid/WILLEMS, Jan (eds.). *Human Rights from Exclusion to Inclusion. Principles and Practice: An Anthology from the Work of Theo Van Boven*. La Haya: Kluwer Law International, 2000, p. 369: “*NGOs, peoples' organizations, liberation movements, guerilla forces, national, ethnic or religious minorities, transnational corporations, entities claiming sovereign power and sovereign rights cannot be put in the same box*”.

analizar la posición de la sociedad civil ante Naciones Unidas, quedaron marginados de su estudio los grupos armados no estatales<sup>1501</sup>.

Por otra parte, un informe de la COMISIÓN EUROPEA también definió a los agentes no estatales en términos demasiado amplios, incluyendo organizaciones muy diversas de la sociedad civil. Este informe tampoco se remitió a los grupos armados<sup>1502</sup>.

En una resolución relativa a la proliferación de las armas nucleares, químicas y biológicas, el CS definió el agente no estatal como la *persona física o entidad que no actúa bajo la autoridad legítima de un Estado*. Sin embargo, la resolución terminó por asimilar los agentes no estatales a los grupos terroristas<sup>1503</sup>.

Una red global que tiene por objeto promover la eliminación de las minas terrestres consideró que los actores no estatales son los grupos de oposición armada, definiéndolos como sujetos con un reconocimiento internacional inferior al de los Estados y que emplean una estrategia militar<sup>1504</sup>. En una lista de ejemplos, el informe de esta organización nombra entidades muy distintas, entre otros, los rebeldes, los grupos armados irregulares, los insurgentes, las fuerzas armadas disidentes, las guerrillas, los movimientos de liberación nacional y los gobiernos *de facto*. Si bien todas estas entidades son grupos armados, también es verdad que en la realidad pueden presentar diferencias que requerirían un tratamiento jurídico especializado. No obstante, esta definición puede ser útil, porque se ciñe a una problemática específica relacionada con el uso de las minas terrestres en violación del Derecho internacional humanitario<sup>1505</sup>.

---

<sup>1501</sup> AG. *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global*. Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil. A/58/817 (11 de junio de 2004), pp. 14-15.

<sup>1502</sup> COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social*. Participación de los Actores no Estatales en la Política Comunitaria de Desarrollo. COM(2002) 598 final, Bruselas, 07 de noviembre de 2002, p. 5.

<sup>1503</sup> CS, res. 1540 (2004) del 8 de abril de 2004. Esta resolución se remite a resoluciones anteriores sobre grupos terroristas, específicamente, la res. 1267 (1999) del 15 de octubre de 1999 sobre la implementación de sanciones a los individuos o entidades pertenecientes o relacionadas con los Talibanes y la res. 1373 (2001) del 28 de septiembre de 2001 adoptada en respuesta a los ataques del 11 de septiembre de 2001.

<sup>1504</sup> Cfr. INTERNATIONAL CAMPAIGN TO BAN LANDMINES. *Non-State Armed Groups* [En línea]. *International Campaign to Ban Landmines*. Disponible en <<http://www.arabic.icbl.org/index.php/icbl/Universal/MBT/Non-State-Armed-Groups>>. [Consulta: 23 de julio de 2014].

<sup>1505</sup> Para la regulación convencional de este problema, cfr. *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción*, Conferencia diplomática sobre la prohibición total internacional de minas terrestres antipersonal, Oslo, 18 de septiembre de 1997, entrada en vigor el 1 de marzo de 1999, *UNTS*, vol. 2056, p. 211; *Convención*

Una definición similar es la defendida por un informe redactado por PETRASEK para el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (*International Council of Human Rights Policy*). Ésta era una organización que se dedicaba al diseño de políticas y estándares internacionales sobre derechos fundamentales. El informe se refirió a los grupos armados, definiéndolos como aquellos que utilizan las armas, usan la fuerza para el logro de sus objetivos y no están sujetos al control del Estado. Según este informe, los grupos armados son entidades autónomas, que no están sujetas a una autoridad estatal, que suelen luchar contra un Estado y que se guían por un objetivo político, diferenciándose del crimen organizado<sup>1506</sup>.

La definición es demasiado genérica si se considera que en la realidad existen diversos grupos armados que cumplen estas características, pero que mantienen marcadas diferencias entre sí. Además, los elementos definitorios de la noción no siempre se presentan en toda su pureza en un caso real, ya que puede haber actores no estatales que mantengan algún tipo de conexión con un Estado<sup>1507</sup> o que luchen contra otro actor no estatal<sup>1508</sup> o que persigan conjuntamente fines políticos y criminales<sup>1509</sup>.

Una última definición, también de tinte humanitario, es la elaborada por el Instituto de Derecho Internacional en una resolución sobre la aplicación conjunta del Derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho humanitario en los conflictos armados internos. Según esta definición, una entidad no estatal es “*la parte de los conflictos armados internos que se opone a las fuerzas armadas gubernamentales o lucha contra entidades de similar naturaleza, y que cumplen las condiciones establecidas en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre la protección de las víctimas de guerra o en el artículo 1 del Protocolo de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de*

---

*sobre municiones en racimo*, Conferencia diplomática para la adopción de una Convención sobre Municiones en Racimo, Dublín, 30 de mayo de 2008, entrada en vigor el 1 de agosto de 2010, *UNTS*, vol. 2688.

<sup>1506</sup> INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS POLICY. *Ends and Means: Human Rights Approaches to Armed Groups*. Versoix: s.e., 2000, pp. 5-8.

<sup>1507</sup> Por ejemplo, las agrupaciones paramilitares en Colombia.

<sup>1508</sup> Por ejemplo, los Yanyauid, grupo paramilitar que actúa con el apoyo de Sudán y que se encuentra en conflicto con grupos rebeldes de Darfur, como el Movimiento de Liberación de Sudán y el Movimiento Justicia e Igualdad.

<sup>1509</sup> Por ejemplo, la FARC, que en su origen nació como una organización armada con una clara finalidad política y que con el transcurso del tiempo fue involucrándose en actividades criminales.

*los conflictos armados no internacionales (Protocolo II)*”<sup>1510</sup>. Se trata de una definición ligada al Derecho internacional humanitario y destinada a definir una de las partes de un conflicto armado no internacional, con lo cual está acotada a un ámbito específico.

El conjunto de estos ejemplos demuestra que no existe un concepto general de agente no estatal, debido a la dificultad de elaborar una noción transversal. Las diversas propuestas esbozadas se circunscriben a contextos específicos de aplicación. Este panorama desconcertante obliga a reflexionar sobre la plausibilidad de una noción única de agente no estatal. Quizás la multiplicidad de agentes no estatales y la diversidad de contextos en que intervienen imposibilitan la elaboración de una noción general y requieren una pluralidad de nociones que se adapten a cada ámbito específico de aplicación.

El objetivo de esta sección consiste en analizar la responsabilidad internacional del Estado frente a desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales. Por tanto, del *mare magnum* de sujetos no estatales sólo interesan los que pueden violar derechos humanos y, entre éstos, los posibles autores de desaparición forzada de personas. En esa línea, este trabajo ha intentado elaborar una definición de sujetos no estatales utilizando el conjunto de instrumentos internacionales dedicados a la regulación de la desaparición forzada. Se trata de una definición normativa que centra su atención en la esencia del fenómeno de la desaparición y pretende ser funcional, identificando los sujetos que pueden ser autores de este delito y sirviendo de referencia para descifrar la gama de responsabilidades que pueden surgir, tanto las que afecten a los sujetos en sí mismos, como las que recaigan sobre el Estado. Cabe recordar que de acuerdo con la conceptualización que se ha defendido en este trabajo, los agentes no estatales son los que cometen la desaparición forzada sin tener vínculo alguno con el Estado, es decir, actuando sin su autorización, apoyo o aquiescencia<sup>1511</sup>.

---

<sup>1510</sup> INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *The Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights in Armed Conflicts in which Non-State Entities are Parties* [En línea]. Institut de Droit International, Berlín, 25 de agosto de 1999. Disponible en <[http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1999\\_ber\\_03\\_en.PDF](http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1999_ber_03_en.PDF)>. [Consulta: 14 de mayo de 2014], punto nº I: “*the parties to internal armed conflicts who oppose the government’s armed forces or are fighting entities of a similar nature and who fulfill the conditions set forth in Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949 on the Protection of Victims of War or in Article 1 of the 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*”.

<sup>1511</sup> Vid. Capítulo II, § 3.1.

Este enfoque es coincidente con algunas conceptualizaciones doctrinarias. Por ejemplo, Herbert SPIRER y Louise SPIRER, diferencian los sujetos estatales de los no estatales atendido a si forman parte o no del aparato estatal. Respecto de cada una de esas categorías reflexionan sobre su capacidad para violar derechos humanos y concluyen que los agentes estatales pueden ser autores de dichas violaciones, mientras que sólo algunos agentes no estatales tienen la capacidad para violar derechos humanos<sup>1512</sup>.

Como se ha dicho, este capítulo tratará la responsabilidad internacional del Estado por las desapariciones forzadas que sean cometidas por agentes no estatales que actúan sin vinculación alguna con la autoridad estatal. Pero, ¿los agentes no estatales pueden vulnerar derechos humanos? Se responderá brevemente a esta pregunta en el próximo epígrafe.

## **1.2. Las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes no estatales**

La doctrina especializada sobre derechos humanos está consciente de la capacidad de los agentes no estatales para vulnerar derechos humanos. Entre los autores que se han dedicado a este tema, cabe destacar a CLAPHAM, quien a través de sus artículos y monografías ha realizado grandes aportaciones al estudio de los agentes no estatales, especialmente, a propósito del papel que ejercen en las relaciones internacionales, las estrategias que el Derecho internacional debe implementar para su regulación y las responsabilidades jurídicas que surgen a consecuencia de las violaciones a los derechos humanos en que pueden incurrir tales sujetos. De hecho, CLAPHAM es uno de los autores favorables a la responsabilidad internacional de los agentes no estatales como entidad colectiva<sup>1513</sup>.

---

<sup>1512</sup> SPIRER/SPIRER, “Accounting for Human Rights...”, cit., pp. 43-44. Cfr. ARAT, Zehra F. Kabasakal. “Looking beyond the State but not Ignoring It...”, cit., p. 6; CLAPHAM, “Non-State Actors”, cit., p. 562, quienes han criticado esta noción argumentando que los agentes no estatales, además de poder vulnerar derechos humanos, también tienen capacidad para protegerlos.

<sup>1513</sup> Sus monografías sobre el tema son *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1996, y *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, cit. También ha publicado numerosos artículos sobre el tema, entre otros, “Non-State Actors”, cit., y “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto” [En línea], *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 863, septiembre de 2006, pp. 1-38. Cfr. ANAYA MUÑOZ, Alejandro. “Non-State Actors as Violators in Mexico. A Hard Case for Global Human Rights Norms”, en BRYSK, Alison (ed.). *The Politics of the Globalization of Law*. New York/Oxon: Routledge, 2013, p. 184; ARAT, op. cit., pp. 3-21,

Un tratamiento exhaustivo sobre esta cuestión requiere un tiempo y una extensión que no se disponen en este trabajo. Lo que se pretende en este epígrafe, simplemente, es dar algunos ejemplos desde la óptica del Derecho internacional humanitario y el Derecho penal internacional. También se ilustrará cómo ha sido tratado el problema en la práctica internacional a través de algunos ejemplos ilustrativos.

Al regular los conflictos armados no internacionales, el Derecho internacional humanitario reconoce que cierta clase de agentes no estatales –los grupos armados que pueden ser Parte beligerante en ese tipo de conflictos– tienen el poder de cometer crímenes de guerra y de vulnerar los estándares internacionales humanitarios y de derechos humanos. El Preámbulo del PIICG establece que “*los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental*”, reconociendo la aplicabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos a los conflictos armados no internacionales y, por ende, la capacidad de los agentes no estatales para violar derechos humanos<sup>1514</sup>. Además, en la doctrina se va consolidando la idea de que los estándares internacionales de derechos humanos deben ser aplicados a los agentes no estatales que sean parte de un conflicto armado<sup>1515</sup>.

---

criticando el enfoque estado-céntrico del Derecho internacional de los derechos humanos, argumentando que además de los Estados, son muchos los sujetos capaces de violar derechos humanos, como las ONGs, las empresas transnacionales, los individuos y las agrupaciones de particulares; BÖRZEL/RISSE, op. cit., p. 342; STEINER, Henry J. “International Protection of Human Rights”, en STEINER, Henry J./EVANS, Malcom D. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 803.

<sup>1514</sup> Vid. SANDOZ et al., op. cit., p. 75, párr. 4428, aclarando que el concepto de “instrumentos internacionales” abarca no sólo los de carácter universal, sino también los regionales.

<sup>1515</sup> Vid. FLECK, op. cit., p. 79, para quien sería incoherente permitir que los agentes no estatales tengan derechos fundamentales sin responsabilizarlos por su vulneración. Por su parte, ZEGVELD, Liesbeth. *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 51-55 y 148-151, considera que el Derecho internacional de los derechos humanos no se aplica a los agentes no estatales involucrados en un conflicto armado, porque no existe práctica internacional suficiente en ese sentido. Esta autora propone concentrar los esfuerzos en extender el ámbito de aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el PIICG, aunque acepta la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos a los agentes no estatales que controlan un territorio y respecto de las violaciones no relacionadas con el conflicto armado.

Entre los autores contrarios a la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos a los grupos armados no estatales, vid. MOIR, Lindsay. *The Law of Internal Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 196, mostrando escepticismo sobre la capacidad de los agentes no estatales para respetar todos los derechos humanos, porque dichos sujetos carecen de medios suficientes para proteger aquellos derechos que demandan la instalación de estructuras institucionales complejas, v. gr., el derecho a un debido proceso. Sin embargo, se podría sostener el mismo argumento respecto de ciertos Estados que tampoco tienen la capacidad institucional para la satisfacción de algunos derechos humanos. Por ende, tiene razón CLAPHAM, *Human rights obligations of Non-State actors*, cit., p. 284 y “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”, cit., p. 14, al argumentar que es mejor focalizarse en las obligaciones que los agentes no estatales son capaces de acatar.

Por su parte, el Derecho internacional penal considera que los agentes no estatales pueden incurrir en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad<sup>1516</sup>. El artículo 7(2)(a) del ER dispone que el ataque contra la población civil, elemento conceptual y contextual de los crímenes de lesa humanidad, se configura cuando se lleva a cabo “*de conformidad con la política de un Estado o de una organización*”. Con la incorporación del término “organización”, el precepto considera que los agentes no estatales pueden ser autores de crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, se discute el contenido del concepto de organización, ya que el ER y los EC no definen el término. Según la jurisprudencia de la CPI, el elemento definitorio de una organización no está relacionado con una similitud formal, estructural u organizativa entre esa entidad y el Estado, sino con la capacidad de llevar a cabo actos que atentan contra valores humanos básicos<sup>1517</sup>. Aunque esta capacidad debe ser valorada casuísticamente, en la jurisprudencia de la CPI se ha hecho mención a una lista no exhaustiva de factores que pueden servir para identificar una organización; a saber:

---

<sup>1516</sup> En cuanto al genocidio, la cuestión es más controvertida. La definición del genocidio plasmada en el ER y en la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* no contiene una referencia expresa del sujeto activo. Según la opinión dominante de la doctrina, un particular puede ser condenado por este delito, pero es necesario que el Estado haya tenido alguna clase de participación en su comisión. Vid., por ejemplo, AMBOS, *La Parte General del Derecho penal Internacional*, cit., p. 120; GIL GIL, *Derecho penal internacional*, cit., pp. 201-203. Sin embargo, hay alguna opinión contraria, que concibe la posibilidad de una autoría no estatal del genocidio. Vid., por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*. 2 vols. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Francisco de Vitoria, 1955, t. I, p. 652.

<sup>1517</sup> La primera resolución en que la SCP II de la CPI defendió esta posición fue la *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, 31 de marzo de 2010, párr. 90-92.

En algunas resoluciones anteriores, la CPI no había profundizado sobre la conceptualización de la organización, aunque había admitido que la política de un ataque podía ser emprendida por una entidad no estatal que tuviere el control sobre una porción de territorio o que tuviere la capacidad de cometer un ataque sistemático y generalizado contra la población civil. Cfr. SCP I. *Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, 30 de septiembre de 2008, párr. 396; SCPII. *Jean-Pierre Bemba Gombo*. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 81.

La noción amplia de organización explicada en el cuerpo del texto ha sido defendida en la jurisprudencia posterior de la CPI. Cfr. SCP II. *William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*. Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. ICC-01/09-01/11-373, 23 de enero de 2012, párrs. 33 y 184; la misma, *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*. Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. ICC-01/09-02/11-382-Red, 23 de enero de 2012, párr. 112. Parece compartir esta interpretación ANNONI, op. cit., p. 695, n. 106.

Para un análisis detallado y crítico de esta jurisprudencia, vid. CUENCA CURBELO, Salvador. ‘*Organizaciones*’ y *política del crimen de lesa humanidad del Estatuto de Roma*. Directora: Florabel Quispe Remón. Tesina de Máster. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, pp. 129-134.

1) la presencia de una autoridad, un mando responsable o una estructura jerárquica; 2) la existencia de medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; 3) el control sobre una parte del territorio de un Estado; 4) la constatación del objetivo de cometer actividades delictivas contra la población civil; 5) la manifestación explícita o implícita de atacar la población civil; 6) la pertenencia a un grupo más grande que cumple a su vez algunos de los criterios anteriores<sup>1518</sup>.

Independientemente de estas importantes discusiones, no hay duda de que los agentes no estatales pueden cometer crímenes de lesa humanidad. Sólo debe determinarse las características que deben reunir estos agentes para tal efecto. Por lo tanto, el Derecho internacional humanitario y el Derecho penal internacional confirman que los agentes no estatales pueden cometer violaciones a los derechos humanos. Esta tesis viene confirmada por una abundante práctica internacional.

En relación con los conflictos armados internos, el CS ha afirmado en numerosas resoluciones que los actores no estatales tienen la obligación de respetar y proteger los derechos humanos<sup>1519</sup>. Asimismo, en el marco de los procedimientos especiales de

---

<sup>1518</sup> Cfr. CPI, SCP III, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute...*, ICC-01/09-19, cit., párr. 93; SCP II, *William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Confirmation of Charges...*, ICC-01/09-01/11-373, cit., párr. 185; la misma, SCP III. *Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire"*, ICC-02/11-14-Corr, 15 de noviembre de 2011, párr. 46. Sin embargo, cabe hacer referencia a las opiniones disidentes esbozadas por el juez Hans-Peter KAUL, para quien la organización debe ser similar a un Estado (*State-like organization*), debiendo reunir una serie de características en ese sentido; a saber: 1) configurar una colectividad de personas; 2) establecerse y actuar con un objetivo común; 3) desarrollar sus actividades por un periodo de tiempo prolongado; 4) tener un mando responsable y un cierto grado de estructura jerárquica, incluyendo, como mínimo, algún tipo de nivel político; 5) tener la capacidad de imponer la política a sus miembros y de sancionarlos; y 6) tener la capacidad y los medios disponibles para realizar ataques a gran escala contra la población civil. Cfr. las siguientes opiniones disidentes esgrimidas en resoluciones de la SCPII de la CPI: *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute...*, ICC-01/09-19, cit., Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter KAUL, párrs. 51-55; la misma, *William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the Confirmation of Charges...*, ICC-01/09-01/11-373, cit., Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter KAUL, párrs. 8-9 y 13; *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Decision on the Confirmation of Charges...*, ICC-01/09-02/11-382-Red, cit., Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter KAUL, párrs. 7-8 y 20. Favorable a esta interpretación, GIORGOU, op. cit., pp. 1018-1020. Para una apreciación crítica de esta posición, vid. CUENCA CURBELO, op. cit., pp. 135-139.

<sup>1519</sup> Respecto de la situación en Afganistán, el CS dispuso que todas las partes del conflicto, incluidos los talibanes, debían respetar el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos. Cfr. res. 1214 (1998), 8 de diciembre de 1998, párr. 12 del Preámbulo; res. 1193 (1998), 28 de agosto de 1998, párr. 12; res. 1378 (2001), 13 de noviembre de 2001, párr. 10 del Preámbulo y párr. 2. En el mismo sentido, cfr. la res. 1216 (1998), 21 de diciembre de 1998, sobre el conflicto de Guinea-Bissau que enfrentó la autoproclamada junta militar de 1998 con facciones no estatales. Sobre el conflicto en Liberia, la res. 1509 (2003), 19 de septiembre de 2003, exigió a todas las partes que pongan fin a la utilización de niños soldados y otras violaciones de derechos humanos. En cuanto a la situación de Costa de Marfil, el CS dispuso que las partes del conflicto y el Gobierno de Reconciliación Nacional respetaren el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de



Naciones Unidas, existen numerosos informes que expresan la misma idea en relación con conflictos armados y otras situaciones de violencia<sup>1520</sup>.

Por su parte, algunas comisiones de la verdad que se han ocupado de violaciones de derechos humanos cometidas en conflictos armados internos, como la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala y la Comisión para la Verdad y la

---

los derechos humanos. Cfr. res. 1479 (2003), 13 de mayo de 2003; res. 1528 (2004), 27 de febrero de 2004, párr. 6 del Preámbulo. Para un análisis de esta práctica cfr. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, cit., pp. 281-283; el mismo, "Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto", cit., pp. 10-11, opinando que el CS considera que los actores no estatales tienen obligaciones internacionales en virtud del Derecho internacional humanitario y el Derecho de los derechos humanos.

<sup>1520</sup> En un informe de la ACNUDH sobre el conflicto en Nepal, se da cuenta de las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes no estatales, específicamente, por el Partido Comunista de Nepal (maoísta); por un grupo de represalia antimaoísta integrado por civiles denominado Pratikar Samiti y por el escuadrón de la muerte de la Fuerza Especial de los Tigres. Vid. CDH. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las actividades de su Oficina, incluida la cooperación técnica, en Nepal*. E/CN.4/2006/107 (16 de febrero de 2006), párrs. 45-61.

También pueden revisarse varios informes del Secretario General sobre el conflicto en Burundi, en relación con las violaciones a los derechos humanos cometidas por las Fuerzas de Liberación Nacional. Cfr. CS. *Quinto informe del Secretario General sobre la Operación de las Naciones Unidas en Burundi*. S/2005/728 (21 de noviembre de 2005), párr. 42; el mismo, *Special report of the Secretary-General on the United Nations Operation in Burundi*. S/2005/586 (14 de septiembre de 2005), párr. 25; el mismo, *Second report of the Secretary-General on the United Nations Operation in Burundi*. S/2004/902 (15 de noviembre de 2004), párrs. 37, 40 y 48; el mismo, *First report of the Secretary-General on the United Nations Operation in Burundi*. S/2004/682 (24 de agosto de 2004), párrs. 41 y 42.

Philip ALSTON, en su calidad de Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en un informe de 2006 sobre la misión en Sri Lanka, afirmó que tanto el Gobierno como los Tigres de Liberación de Eelam Tamil debían cumplir con las disposiciones humanitarias y de derechos humanos, argumentando que la obligatoriedad de esos derechos deriva de tres niveles: 1) como derechos de los seres humanos; 2) como obligaciones de los Estados; 3) como exigencias de la comunidad internacional. En opinión del Relator, aunque el actor no estatal no ha asumido formalmente obligaciones internacionales de respetar y garantizar los derechos fundamentales, queda sujeto a las exigencias de la comunidad internacional cristalizada en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Vid. CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias*. Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Philip ALSTON. Adición: misión a Sri Lanka (28 de noviembre a 6 de diciembre de 2005). E/CN.4/2006/53/Add.5 (27 de marzo de 2006), párrs. 24-25.

Este mismo enfoque tripartito también fue asumido en el informe conjunto sobre el Líbano e Israel, que consideró a Hezbolá un agente no estatal obligado a respetar las normas sobre derechos humanos. Vid. HRC. *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General...*, A/HRC/2/7, cit., párrs. 15-16 y 19.

Para dar un ejemplo de una fuente más antigua, vid. CDH. *Cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo, y en particular en los países y territorios coloniales y dependientes*. Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Afganistán, preparado por el Relator Especial, Sr. Félix ERMACORA, de conformidad con la resolución 1988/67 de la CDH. E/CN.4/1989/24 (16 de febrero de 1989), párr. 68: "La soberanía territorial del Gobierno afgano no se ejerce plenamente, pues algunas provincias del país siguen total o parcialmente en poder de las fuerzas tradicionales. La responsabilidad del respeto de los derechos humanos está, por ende, dividida", agregando que "todas las partes que intervienen en el conflicto deben respetar mínimamente los derechos humanos y, en todo caso, las disposiciones del derecho humanitario".

Reconciliación de Sierra Leona, han subrayado la obligatoriedad de los derechos humanos para los agentes no estatales<sup>1521</sup>.

Para finalizar, puede agregarse que la ComisiónIDH también ha debido enfrentarse a la problemática de las violaciones de derechos humanos cometidas por grupos de oposición armada, organizaciones terroristas y bandas del crimen organizado<sup>1522</sup>. En una primera etapa, la ComisiónIDH evitó tratar el problema, argumentando que era incompetente para conocer las violaciones de derechos humanos cometidas por sujetos no estatales<sup>1523</sup>. Se trataba de una época difícil, dado que algunos Estados dictatoriales del continente intentaban justificar las violaciones en que incurrían con el argumento de los daños colaterales en la “guerra” contra el terrorismo e incluso presionaban a la Comisión para que condenare las actividades de la disidencia política.

Sin embargo, la Comisión ha ido cambiando paulatinamente su posición, comenzando por mencionar en sus informes los ilícitos cometidos por sujetos no estatales y advirtiendo sobre la necesidad de ponerle fin<sup>1524</sup>. La resolución 1043 de la Asamblea General de OEA contribuyó a este cambio de ruta, ordenando a la ComisiónIDH que se hiciera cargo de las ilicitudes cometidas por grupos armados irregulares<sup>1525</sup>. Así, el

---

<sup>1521</sup> Vid. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO DE GUATEMALA. *Guatemala Memoria del Silencio. Tz’inil Na’Tab’Al*. 12 vols. Guatemala: Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS), 1999, t. 5, Conclusiones y recomendaciones, p. 52 (párrs. 127-128), determinando la sujeción de los insurrectos al Derecho humanitario y al Derecho de los derechos humanos, aun en las etapas previas del conflicto que no alcanzaban el umbral de conflicto armado no internacional. Para TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights. Between Idealism and Realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 262, quien presidió la referida Comisión, se trata de un reconocimiento muy importante, ya que en épocas anteriores era impensable que grupos desprovistos de subjetividad internacional y sin un *status* oficial pudieran ser considerados violadores de derechos humanos. Vid., también, SIERRA LEONE TRUTH & RECONCILIATION COMMISSION. *Witness to Truth*. 3 vols. S.c.: Truth & Reconciliation Commission, Sierra Leone, 2004, t. II, párrs. 106-107 y 115, indicando que los rebeldes del *Frente de Unión Revolucionario* habían sido responsables del 60,5% de las violaciones.

<sup>1522</sup> La posición de la ComisiónIDH sobre la capacidad de los agentes no estatales para violar derechos humanos ha sido tratada indirectamente en un estudio sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario en la práctica de este órgano. Vid. CERNA, Christina M. “The History of the Inter-American System’s Jurisprudence as Regards Situations of Armed Conflict”, *International Humanitarian Legal Studies*, 2011, Issue 2, pp. 3-52.

<sup>1523</sup> ComisiónIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*. OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 abril 1980, capítulo I, sección E, a), párr. 3.

<sup>1524</sup> Cfr. ComisiónIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev. 1, cit., capítulo IV, El Salvador, haciendo referencia a algunos asesinatos cometidos por la guerrilla; la misma, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1988/89*. OEA/Ser.L/V/II.76, Doc. 10, 18 septiembre 1989, capítulo II, sección 3.c, (Observación *in loco* al Perú).

<sup>1525</sup> Asamblea General de la OEA. Resolución AG/RES.1043 (XX-O/90), *Consecuencias de actos de violencia perpetrados por grupos armados irregulares en el goce de los derechos humanos*, en ComisiónIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12, 22 febrero 1991, capítulo V, sección II.

Informe Anual de 1990-1991 trató el problema de los crímenes de autoría no estatal entre los asuntos que requerían una mayor implementación de medidas de protección para los derechos humanos. La Comisión concluyó que su competencia sólo la habilitaba para referirse descriptivamente a las ilicitudes de los grupos armados y terroristas y que otro tipo de actuación requería una reforma de su marco institucional<sup>1526</sup>.

En informes posteriores, la ComisiónIDH ha incluido análisis descriptivos de los ilícitos de autoría no estatal<sup>1527</sup>. Por ejemplo, puede destacarse el *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, que dedica un capítulo completo al tratamiento de los crímenes de guerrilleros y paramilitares<sup>1528</sup>. Sin embargo, en algunas ocasiones la ComisiónIDH ha incurrido en serias confusiones sobre la interrelación existente entre Derecho internacional humanitario y Derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, en el *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia* concluyó que a los agentes no estatales sólo se les aplica la primera de estas ramas y no la segunda, que sólo impone obligaciones a los Estados<sup>1529</sup>. Este tipo de afirmaciones demuestran que la posición de la Comisión sobre el problema de las violaciones de derechos humanos de autoría no estatal continúa siendo ambigua y que se requiere un esfuerzo destinado a clarificar las competencias de este órgano sobre la materia.

---

<sup>1526</sup> ComisiónIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12, cit., capítulo V, sección II

<sup>1527</sup> Cfr. los siguientes informes de la ComisiónIDH: *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*. OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 febrero 1994, capítulo IV, Guatemala, sección I.3, (“Acciones guerrilleras de los grupos subversivos”) y capítulo IV, Perú, sección II.1 (Acción de los grupos armados irregulares); *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*. OEA/Ser.L/V/II.83, 12 marzo 1993, en la sección III.D (“Actos de violencia por grupos armados irregulares”), párrs. 108-109, hacen referencia a los crímenes cometidos por dos agrupaciones no estatales: Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Tupac Amaru; *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, párrs. 47 y 48, aclarando que la limitación material de su mandato no implica que “*el comportamiento de actores que no sean Estados, incluyendo los terroristas y grupos terroristas, no tenga relevancia para la evaluación de las obligaciones de los Estados en materia de la protección de los derechos humanos en el continente*”.

<sup>1528</sup> ComisiónIDH. *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., 14 octubre 1993, capítulo X, sobre las violaciones de derechos humanos y Derecho internacional humanitario cometidas por grupos paramilitares y guerrilleros.

<sup>1529</sup> ComisiónIDH. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, capítulo I, sección B.2 (“Principales fuentes de la violencia política”), párrs. 26-51, que hacen referencia a las actividades de la FARC, el ELN, el EPL, los paramilitares y los narcotraficantes; capítulo IV, especialmente, párrs. 5-6, 9-13, 15 y 19, razonando sobre la exclusiva aplicabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos a los Estados, aunque en el párr. 22 se dice que las violaciones a los derechos humanos han sido cometidas en el conflicto por ambas partes.

En resumen, la posibilidad de que los agentes no estatales pueden incurrir en violaciones a los derechos humanos ha sido confirmada por el Derecho internacional humanitario y el Derecho penal internacional. Asimismo, la práctica internacional viene sosteniendo la misma posición en diferentes foros. El próximo paso consiste en analizar cómo pueden ser imputadas estas violaciones a los Estados, tópico al que se dedicará la siguiente sección.

## **2. LA IMPUTABILIDAD DE LOS ILÍCITOS DE AGENTES NO ESTATALES SEGÚN EL PROYECTO SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS**

El PRIEHII contempla dos reglas de atribución sobre comportamientos realizados por sujetos no estatales. La primera de ellas dice relación con actos cometidos en ausencia o defecto de autoridad estatal, mientras que la segunda trata la atribución de los hechos de un movimiento insurreccional o de otra índole. Teóricamente, si en una hipótesis concreta de desaparición forzada concurren los requisitos de procedencia de alguna de estas reglas, nada obstaría para su utilización en alguna sede internacional. Sin embargo, estos criterios no han sido objeto de aplicación en la práctica internacional sobre desapariciones, lo que justifica la brevedad con que serán analizadas a continuación.

### **2.1. La atribución de un comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales**

La atribución de los hechos cometidos en ausencia o defecto de las autoridades oficiales del Estado viene regulada en el artículo 9 del PRIEHII de la siguiente manera: “[s]e considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieran el ejercicio de esas atribuciones”. El precepto regula la situación de los agentes no estatales que asumen

autónomamente el ejercicio del poder público para el desarrollo de algunas acciones de emergencia sin tener vinculación con la autoridad estatal<sup>1530</sup>.

La aplicación de este criterio exige el cumplimiento de tres condiciones básicas<sup>1531</sup>: 1) los comportamientos ejecutados deben estar íntimamente relacionados con el ejercicio del poder público<sup>1532</sup>; 2) los hechos deben cometerse en ausencia o defecto de las autoridades públicas<sup>1533</sup>; 3) las circunstancias deben requerir el ejercicio de tales atribuciones<sup>1534</sup>.

## **2.2. La atribución de un comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole**

Las reglas de imputación para casos de comportamientos de movimientos insurreccionales o de otra índole están plasmadas en el artículo 10 del PRIEHII: “1. *Se considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado.* 2. *El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio del Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el Derecho*

---

<sup>1530</sup> Los *Comentarios* citan como ejemplos las situaciones de calamidad pública, conflicto armado, ocupación extranjera y otras de similar naturaleza. Vid. PRIEHII, cit., art. 9, comentario n° 1. Por su parte, el comentario n° 3 indica que la regla se inspira en un concepto clásico de “insurrección popular”, esto es, la legítima defensa de los ciudadanos ante la ausencia de fuerzas regulares. Se trata de una forma de representación por necesidad. En el Derecho internacional humanitario suele denominarse “sublevación en masa”, es decir, la toma espontánea de las armas por parte de los civiles ante el acercamiento del enemigo y en ausencia de fuerzas regulares. En ese supuesto los civiles asumen el status de combatiente. Este instituto está consagrado en el art. 4(A)(6) del IICG, cit. y en el art. 2 del *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, cit. Para SASSÒLI, op. cit., s. p., estas disposiciones sirven de base para la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones cometidas por esos civiles.

<sup>1531</sup> PRIEHII, cit., art. 9, comentario n° 3.

<sup>1532</sup> Íd., cit., art. 9, comentario n° 4.

<sup>1533</sup> Íd., cit., art. 9, comentario n° 5, especificando que los términos “ausencia o defecto” implican un colapso total del aparato estatal o de un sector concreto del mismo. En íd., cit., art. 9, comentario n° 4, se especifica que la situación a la que se remite este criterio no es la de un Gobierno *de facto* –que implica la sustitución del Gobierno preexistente– sino una hipótesis de pérdida de control estatal sobre una porción del territorio o la imposibilidad de ejercer algún tipo de función pública a causa de un evento excepcional. No lo entendió así el Informe conjunto sobre la Misión al Líbano e Israel, según el cual un Estado puede considerarse internacionalmente responsable por los actos de un régimen *de facto* en virtud de la aplicación de esta disposición. Vid. HRC, *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General...*, A/HRC/2/7, cit., n. 19.

<sup>1534</sup> PRIEHII, cit., art. 9, comentarios n° 1 y 6, explicando que la función debe ser específica y relacionada con el contexto que exige su ejecución.

internacional. 3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9”.

El PRIEHII y los *Comentarios* no contienen una definición del movimiento insurreccional. Simplemente aluden a una serie de situaciones ejemplificativas y señalan que el PIICG refleja la idea fundamental de un movimiento insurreccional<sup>1535</sup>. Sin embargo, ese texto normativo se aplica a los conflictos que se generan entre un Estado Parte y las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados organizados, dos nociones que han generado muchos problemas interpretativos<sup>1536</sup>.

El artículo 10 del PRIEHII contempla dos supuestos distintos. El primero se refiere a un movimiento insurreccional que da lugar a un nuevo gobierno, mientras que el segundo dice relación con un movimiento insurreccional que da lugar a un nuevo Estado<sup>1537</sup>. En el primer supuesto, el Estado no deja de existir como sujeto internacional, sino que se produce una readaptación de su estructura organizacional interna o un cambio de sus dirigentes<sup>1538</sup>. En cambio, el segundo supuesto alude a situaciones de secesión o descolonización de una parte del territorio del Estado que estaba sometida a la soberanía de un Estado predecesor. En este último caso, la

---

<sup>1535</sup> PRIEHII, cit., art. 10, comentario n° 9. Los ejemplos se refieren a “una conflictividad interna limitada, una verdadera situación de guerra civil, una lucha anticolonial, la actuación de un frente de liberación nacional, movimientos revolucionarios o contrarrevolucionarios, etc.”. Queda claro que la diversidad de las situaciones mencionadas no ayuda a la construcción de un concepto preciso.

<sup>1536</sup> El artículo 1 del PIICG, al fijar su ámbito de aplicación, dispone que “se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas 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”. Por ende, el precepto se refiere a las fuerzas armadas de un Estado, a las fuerzas armadas disidentes y a los grupos armados organizados. Según SANDOZ et al., op. cit., p. 92, párr. 4460, las fuerzas armadas disidentes están constituidas por una fracción del ejército gubernamental que se subleva. En cambio, los grupos armados organizados son aquellos que cumplen las exigencias plasmadas del artículo 1(1), esto es, la dirección de un mando responsable, el control de una parte del territorio y la capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y de aplicar el Protocolo. Para la explicación de cada uno de estos requisitos, vid. íd., pp. 92-95, especialmente, párrs. 4462-4463, 4465-4467 y 4469. Cfr. CASSESE. “The Status of Rebels under The 1977 Geneva Protocol of Non-International Armed Conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, 1981, pp. 424-ss.

<sup>1537</sup> PRIEHII, cit., art. 10, comentario n° 1.

<sup>1538</sup> Íd., art. 10, comentario n° 5.

atribución sólo afecta al nuevo Estado, mientras que al Estado predecesor no le son oponibles los hechos ejecutados por el movimiento durante la lucha<sup>1539</sup>.

En ambos supuestos la atribución se justifica en una relación de continuidad entre el movimiento y el nuevo Estado o Gobierno<sup>1540</sup>. En efecto, los *Comentarios* ejemplifican algunas situaciones en que no concurre esa solución de continuidad, porque las estructuras del movimiento y del Estado se mantienen independientes<sup>1541</sup>.

Ahora bien, según el precepto en análisis, aunque las reglas de imputabilidad que establece no fueran aplicables, el Estado podría incurrir en responsabilidad por infringir su obligación de prevención si no actúa con la debida diligencia en la represión del movimiento<sup>1542</sup>. Pues bien, la diligencia debida será objeto de análisis en la próxima sección de este epígrafe.

### **3. EL PAPEL DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ANTE COMPORTAMIENTOS DE AGENTES NO ESTATALES**

El estudio de la diligencia debida ha sido bastante desatendido por la doctrina internacionalista. Efectivamente, son muy pocas las publicaciones monográficas sobre el tema, debiendo destacarse, por todos, el libro “*Due Diligence*” e *responsabilità Internazionale degli stati* de PISILLO MAZZESCHI, una obra bien documentada que

---

<sup>1539</sup> Íd., art. 10, comentarios n° 6 y 8.

<sup>1540</sup> PRIEHII, cit., art. 10, comentarios n° 5 y 6. Cfr. CASSESE, *International Law in a Divided World*, cit., p. 84; el mismo, *Diritto internazionale*. Bolonia: Il Mulino, 2006, p. 130, subrayando que el movimiento insurreccional posee un carácter provisorio y efímero, porque si logra sus objetivos se convierte en una institución diferente, que puede ser un nuevo Estado o Gobierno, pero si fracasa lo más probable es que se extinga. También cfr. PRIEHII, cit., art. 10, comentario n° 2; ATLAM, “National Liberation Movements and International Responsibility”, cit., p. 37, aclarando que la atribución sólo es posible si el movimiento es exitoso, es decir, si se convierte en un nuevo Estado o nuevo Gobierno.

<sup>1541</sup> El PRIEHII, cit., art. 10, en los comentarios n° 2, 4, 7 y 10. Los ejemplos se refieren a los movimientos insurreccionales cuya lucha sigue vigente; los movimientos insurreccionales derrotados; los gobiernos de reconciliación nacional conformados sobre la base de un acuerdo entre las autoridades estatales preexistentes y el movimiento insurreccional; los grupos de ciudadanos que abogan por la secesión, la revolución o la anexión de un territorio de un Estado a otro.

<sup>1542</sup> Íd., art. 10(3), comentarios n° 3 y 15.

aborda el problema de la naturaleza jurídica de la diligencia debida y el papel que puede desempeñar en la responsabilidad internacional del Estado<sup>1543</sup>.

Para el objeto de este epígrafe se ha considerado ilustrativo dar cuenta del papel que la diligencia debida ha ido desempeñando en el Derecho internacional de los derechos humanos. Por ende, se hará referencia a la evolución experimentada por este estándar en el Derecho internacional y a su injerencia en el tratamiento jurídico de los derechos humanos. Por otro lado, también es importante comprender el concepto de la diligencia debida y descifrar su naturaleza jurídica, de modo que se abordará resumidamente el contenido de esta noción y se intentará dilucidar si se trata de una regla de imputabilidad o si está relacionada con las normas primarias que regulan e imponen obligaciones internacionales. Habiéndose aclarado estas cuestiones, se explicará que la diligencia debida tiene un doble contenido obligacional, dado que su ámbito de operatividad abarca los deberes de prevención y sanción. Respecto de cada una de estas obligaciones, se aludirá a los criterios normativos elaborados por la jurisprudencia para determinar la responsabilidad del Estado ante violaciones de autoría no estatal.

### **3.1. La aplicabilidad de la diligencia debida en el Derecho internacional de los derechos humanos**

El desarrollo experimentado por la diligencia en el Derecho internacional ha sido fragmentario, lo que dificulta la identificación de su marco normativo. Se trata de una noción que debe su evolución a la práctica sobre la responsabilidad internacional del Estado, principalmente, la relativa a ciertas obligaciones internacionales que exigen un comportamiento debidamente diligente para su cumplimiento. Desde una perspectiva histórica, la diligencia debida comenzó a adquirir relevancia desde la mitad del siglo XIX, a raíz de una abundante práctica arbitral sobre la protección de los extranjeros y sus bienes<sup>1544</sup>. Con el transcurso del tiempo, este estándar experimentó un efecto expansivo debido a su aplicación en muchos otros ámbitos, entre otros, el Derecho

---

<sup>1543</sup> PISILLO MAZZESCHI. “*Due Diligence*” e responsabilità Internazionale degli stati, cit. En castellano, también cabe mencionar el libro de LOZANO CONTRERAS, José Fernando. *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*. Barcelona: Atelier-Universidad de Alicante, 2007.

<sup>1544</sup> Para una reseña de esta jurisprudencia cfr. LOZANO CONTRERAS, op. cit., 115-120; PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e responsabilità Internazionale degli stati, cit., 193-288.



internacional del medio ambiente, el Derecho del mar, la responsabilidad internacional por daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas, la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, la regulación internacional de la corrupción y el terrorismo<sup>1545</sup>.

El Derecho internacional de los derechos humanos es otro campo en que la diligencia debida ha tenido un importante desarrollo. En efecto, algunos importantes instrumentos convencionales imponen a los Estados obligaciones que exigen un comportamiento debidamente diligente<sup>1546</sup>. Sin embargo, la principal vía de desarrollo del estándar ha sido la práctica internacional. Como se tendrá ocasión de ver más adelante, la jurisprudencia de importantes tribunales internacionales de derechos

---

<sup>1545</sup> En cuanto al Derecho internacional del medio ambiente, cfr. LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 267-302; PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *responsabilità Internazionale degli stati*, cit., pp. 352-386; SHAW, Malcom N. *International Law* (1977). 6ª ed. Cambridge University Press, 2008, pp. 854-856, 861 y 887-888.

En cuanto al Derecho del mar, la convención de Naciones Unidas sobre la materia recurre a la diligencia debida como estándar para regular las medidas sobre prevención, reducción y control de la contaminación del medio marino. Vid. *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*, adoptada en Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1994, *UNTS*, vol. 1833, p. 3, art. 194(1).

En relación con la responsabilidad de los Estados por la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, una de las disposiciones claves del proyecto de artículos elaborado por la CDI sobre la materia razona en términos de diligencia debida. Vid. CDI. *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, cit., art. 3: “*The State of origin shall take all appropriate measures to prevent significant transboundary harm or at any event to minimize the risk thereof*” [El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo significativo o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo].

En lo que respecta a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, el estándar viene empleado para regular las medidas sobre reparación en el proyecto específico de la CDI. Vid. CDI. *Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales*, cit., artículo 40: “*La organización internacional responsable adoptará todas las medidas apropiadas, de conformidad con sus reglas, a fin de que sus miembros le proporcionen los medios para el cumplimiento efectivo de las obligaciones que le incumben en virtud del presente capítulo. Los miembros de la organización internacional responsable adoptarán todas las medidas apropiadas que las reglas de la organización puedan requerir para que esta pueda cumplir efectivamente las obligaciones que le incumben en virtud del presente capítulo*”.

En materia de corrupción, la convención universal sobre la materia utiliza un lenguaje de diligencia debida en muchas disposiciones. Vid. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, entrada en vigencia el 14 de diciembre de 2005, *UNTS*, vol. 2349, p. 41, v. gr., arts. 13, 30, 32, 33, 37 y 52.

Finalmente, numerosos tratados relacionados con el terrorismo también recurren al estándar de diligencia debida para describir la modalidad de cumplimiento de importantes obligaciones internacionales. Vid. sobre el punto la monografía de BARNIDGE Jr., Robert P. *Non state actors and terrorism. Applying the Law of State Responsibility and the Due Diligence Principle*. The Hague: TMC Asser Press, 2008, especialmente, pp. 111-134.

<sup>1546</sup> V. gr., CERD, cit., art. 2; CEDAW, cit., art. 2.

humanos ha elaborado una teoría de la diligencia debida que se fundamenta en la obligación general de garantía<sup>1547</sup>.

El estudio de la diligencia debida es imprescindible para el desarrollo de esta sección del trabajo, porque en el Derecho internacional de los derechos humanos suele ser utilizada como un estándar para fundamentar la responsabilidad internacional del Estado por su comportamiento frente a hechos ilícitos de agentes no estatales<sup>1548</sup>. Por esta razón se suele decir que el acto del particular opera como un catalizador de la responsabilidad internacional del Estado en esa categoría de hechos ilícitos<sup>1549</sup>. Según MARIÑO MENÉNDEZ, “*la obligación genérica de los Estados Partes de proteger a las personas frente a la violación de sus derechos humanos cometidas por terceros particulares forma parte del núcleo duro de toda Convención internacional en materia de derechos humanos y aún del Derecho internacional general que se haya formado en este ámbito, incluso con carácter de ius cogens. Esta obligación se concreta de modo bien relevante, por medio de la imposición a cada Estado parte de diferentes obligaciones de actuar con diligencia*”<sup>1550</sup>.

La finalidad de aplicar la diligencia debida a esos casos tiene por objeto fortalecer la protección de los derechos humanos que pueden ser vulnerados por los actores privados y promover la prevención de esas violaciones. La inacción del Estado

---

<sup>1547</sup> Para la reseña de los principales instrumentos internacionales que consagran la obligación de garantía, vid. Capítulo IV, § 3.1.

<sup>1548</sup> Cfr. ANAYA MUÑOZ, op. cit., p. 191; CASSESE, *International Law*, cit., p. 250; DE FROUVILLE, “Attribution of Conduct to the State:”, cit., pp. 277-278; GARCÍA ELORRIO, op. cit., pp. 1 y 2; KOIVUROVA, Timo. “Due Diligence” [En línea], *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Rüdiger Wolfrum (ed.), 2011. Disponible en <<http://opil.ouplaw.com/home/epil>>. [Consulta: 21 de junio de 2014], p. 1; PISILO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *responsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 125-126, 286-287, 390-391 y, refiriéndose específicamente a los derechos humanos, pp. 397-398; el mismo, “Responsabilité de l’état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme”, en ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL. *Recueil des Cours*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 333, 2008. Leiden-Boston: Martinus Hijhoff, 2009, p. 394; ZEGVELD, op. cit., pp. 180-183, refiriéndose a la responsabilidad internacional del Estado por los hechos ilícitos de grupos armados.

<sup>1549</sup> Cfr. ERIKSSON, op. cit., p. 203; DE FROUVILLE, “Attribution of Conduct to the State...”, cit., p. 277; ZEGVELD, op. cit., p. 181, para quien el hecho del particular es una condición objetiva necesaria para el surgimiento de la responsabilidad estatal por falta de diligencia debida.

<sup>1550</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, “Una reflexión sobre la posible configuración del crimen internacional de feminicidio”, en MARIÑO, Fernando M. (dir.) y ALCOCEBA Gallego, Amparo/QUISPE REMÓN, Florabel (coords.). *Feminicidio. El fin de la impunidad*. Valencia: Universidad Carlos III/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 115-116.

frente a esa clase de ilicitudes se interpreta como una actitud de aquiescencia o reconocimiento, sobre todo, en hipótesis de violaciones sistemáticas y generalizadas<sup>1551</sup>.

De ese modo, la diligencia debida se presenta como una excepción al principio de unidad del Estado. Algunos autores consideran que se trata de un supuesto de responsabilidad indirecta del Estado<sup>1552</sup>. Sin embargo, se trata de una terminología que es preferible evitar, porque puede conducir a ciertas conclusiones equívocas. Es errado pensar que la responsabilidad por falta de diligencia es menos grave que la responsabilidad por los actos de agentes estatales<sup>1553</sup>. También es incorrecto concluir que en la responsabilidad por falta de diligencia debida el infractor de la obligación internacional es el agente no estatal, porque quien infringe sus propias obligaciones internacionales es el Estado mediante una actuación negligente<sup>1554</sup>.

Para comprender el papel que desempeña la diligencia debida en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado es imprescindible conocer el debate que existe sobre su concepto y naturaleza jurídica, cuestiones que serán abordadas en seguida.

### **3.2. La conceptualización y la naturaleza jurídica de la diligencia debida**

El desarrollo fragmentario de la diligencia debida dificulta sobremanera el estudio de su conceptualización y naturaleza jurídica. En esta sección no se pretende abordar exhaustivamente estos tópicos, sino trazar algunas pinceladas sobre los aspectos más importantes.

Pese al desarrollo jurisprudencial de la diligencia debida, su regulación fue excluida de las disposiciones del PRIEHII. Las versiones preliminares de este texto normativo contenían una disposición, originariamente redactada por el relator AGO, que recurría a la diligencia debida como una regla para la imputación de comportamientos

---

<sup>1551</sup> ERIKSSON, op. cit., p. 204.

<sup>1552</sup> Cfr., v. gr., ABRAMOVICH, op. cit., p. 175; AGUIAR, op. cit., p. 132, distinguiendo entre responsabilidad inmediata y mediata; STEINER, op. cit., p. 803.

<sup>1553</sup> HESSBRUEGGE, op. cit., p. 47.

<sup>1554</sup> Cfr. ERIKSSON, op. cit., p. 202; PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *responsabilità internazionale degli stati*, cit., p. 47.

de agentes no estatales<sup>1555</sup>. Sin embargo, el relator CRAWFORD decidió eliminar esta regla del articulado del Proyecto<sup>1556</sup>. Esta decisión puede ser criticada. Primero, porque la exclusión se realizó sin un debate profundo. Segundo, porque si se considera que la diligencia debida es un estándar de atribución, su eliminación del Proyecto ha sido absolutamente improcedente, dado que el objeto de este instrumento es la codificación de los principios y reglas generales sobre la responsabilidad internacional del Estado<sup>1557</sup>.

Ahora bien, los *Comentarios* contienen algunas referencias aisladas sobre la diligencia debida. Así, un comentario al artículo 2 del PRIEHII parece entender que la

---

<sup>1555</sup> Según la redacción original de la norma, “1. *El comportamiento de un simple particular o de un grupo de particulares, en su calidad de tales, no puede considerarse en el plano del Derecho internacional como un hecho del Estado.* 2. *Sin embargo, la regla enunciada en el párrafo que antecede no impide que pueda atribuirse al Estado la omisión eventual de sus órganos en el caso en que éstos hubieran debido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento del particular o del grupo de particulares y no lo han hecho*”. Vid. CDI. *Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial*. El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional (continuación). Documento A/CN.4/264 y Add.I, 30 de junio de 1972 y 9 de abril de 1973, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, vol. II, p. 126, párr. 146.

<sup>1556</sup> Para justificar la eliminación de la diligencia debida, CRAWFORD recurrió a una distinción entre reglas de atribución positivas y reglas de atribución negativas. Las segundas se diferencian de las primeras porque tienen por objeto indicar cuándo un hecho ilícito no es atribuible al Estado. En opinión del Relator, su regulación expresa en el Proyecto era superflua. CRAWFORD consideró que la disposición sobre la diligencia debida era una regla de atribución negativa y, por ende, debía ser eliminada.

Además, sostenía que esa disposición no podía producir ningún efecto práctico. El artículo disponía que el hecho de los particulares no era atribuible al Estado, salvo que se aplicare alguna de las reglas de atribución regulada en artículos precedentes. De ese modo, en vez de establecer una regla de atribución independiente, el precepto se remitía a reglas consagradas en otros artículos. Los argumentos de CRAWFORD para defender la eliminación de la norma pueden revisarse en CDI. *First Report of the Special Rapporteur, Mr. James Crawford, Special Rapporteur*, cit., pp. 44-45, párrs. 244-248.

También puede haber contribuido a la eliminación del precepto, el hecho de que el primer prototipo de AGO haya sufrido numerosas modificaciones que terminaron desvirtuando su sentido. Para las modificaciones iniciales, vid. PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *reponsabilità Internazionale degli stati*, cit., pp. 116-121. Para una descripción sobre la suerte que corrió la diligencia debida durante la preparación del PRIEHII, cfr. DE FROUVILLE, “*Attribution of Conduct to the State...*”, cit., pp. 279-280; LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 130-138. Según KOIVUROVA, op. cit., p. 2, la eliminación de la diligencia debida fue consecuencia de la distinción entre normas primarias y secundarias y del descarte de la culpa como elemento adicional de la responsabilidad internacional del Estado.

<sup>1557</sup> Entre los autores que apoyan la eliminación de la diligencia debida del PRIEHII, cfr. ERIKSSON, op. cit., pp. 202-203, porque las reglas del Proyecto sobre comportamientos de agentes no estatales tienen por objeto atribuir un hecho cometido por estos agentes, mientras que la diligencia debida imputa un comportamiento negligente de los propios agentes estatales; BLOMEYER-BARTENSTEIN, Horst. “*Due Diligence*”, en BERNHARDT, Rudolf (dir.). *Encyclopedia of Public International Law*. 5 vols. Amsterdam-London-New York-Tokyo: North-Holland, t. I, 1992, pp. 1113-1114 y DE FROUVILLE, “*Attribution of Conduct to the State...*”, cit., p. 280, consideran que la diligencia debida estaría relacionada con la norma primaria; GATTINI, Andrea. “*Smoking/No Smoking: some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility*”, *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 2, 1999, pp. 398-399, opina que la disposición sobre la diligencia debida tenía poco sentido práctico. En cambio, critica la exclusión CHINKIN, Christine. “*Critique of the Public/Private Dimension*”, *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 2, 1999, p. 395, porque se trata de un estándar ampliamente utilizado en el Derecho internacional de los derechos humanos.

diligencia debida es una cuestión dependiente de la norma primaria<sup>1558</sup>. A su vez, en relación con los hechos de los movimientos insurreccionales, los *Comentarios* argumentan que el párrafo 3 del artículo 10 regula la responsabilidad del Estado por no haber adoptado la debida diligencia en la prevención o sanción de tales hechos<sup>1559</sup>.

A su vez, MARIÑO MENÉNDEZ ha comparado el funcionamiento del estándar de la diligencia debida con la regla del reconocimiento del artículo 11 del Proyecto. En su opinión, la aquiescencia de un Estado frente a ciertos ilícitos puede implicar un reconocimiento expreso o tácito del mismo y generar responsabilidad internacional, especialmente, cuando se trata de un patrón sistemático de ilicitudes antes las cuales la autoridad estatal ha permanecido inactiva pese a tener conocimiento de ellas. Como bien afirma el autor, jugando con las palabras, “*el Estado no ya conoce sino que «reconoce», aunque sea tácitamente, los hechos sin actuar contra sus presuntos responsables»*”<sup>1560</sup>. Más allá de la plausibilidad de esa posición, lo cierto es que la diligencia debida no ha sido objeto de un tratamiento expreso en el PRIEHII.

Ahora bien, con relación al concepto de la diligencia debida, cabe decir que se trata de una noción indeterminada y contextual que puede asumir diversos significados dependiendo de la situación en que se aplica<sup>1561</sup>. En base a este carácter de flexibilidad, LOZANO CONTRERAS considera que la diligencia debida es un estándar normativo y no una regla precisa y rígida<sup>1562</sup>.

---

<sup>1558</sup> PRIEHII, cit., art. 2, comentario n° 3: “*Que la responsabilidad sea “objetiva” o “subjetiva” [...] dependerá de las circunstancias, incluido (sic.) el contenido de la obligación primaria. En los artículos no se establece ninguna norma general a este respecto. Lo mismo se aplica a otras normas que entrañen cierto grado de falta, culpabilidad, negligencia o ausencia de diligencia debida. Estas normas varían según el contexto, por razones que se refieren esencialmente al objeto y fin de la disposición del tratado o de otra regla que haga surgir la obligación primaria*”.

<sup>1559</sup> PRIEHII, cit., art. 10, comentario n° 15. Para la atribución de los hechos de un movimiento insurreccional, vid. supra, §, párr. 2.2.

<sup>1560</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, “Una reflexión sobre la posible configuración del crimen internacional de feminicidio”, cit., pp. 119-120, refiriéndose al caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* de la CorteIDH.

<sup>1561</sup> Cfr. PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *responsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 13-18 y 400-401; LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 28-32, destacando seis factores que inciden en la indeterminación del concepto de diligencia debida: 1) un factor espacial, vinculado con el sistema normativo en que se aplica; 2) un factor lingüístico, consistente en la diversidad de expresiones terminológicas utilizadas para identificarla; 3) un factor material, relacionado con el contexto de aplicación; 4) un factor temporal, que explica la incidencia del tiempo en los cambios que puede experimentar la noción; 5) un factor de extensión, por el hecho de que se trata de un estándar que ha ido ampliando su ámbito operativo hacia varios sectores; y 6) un factor de intensidad, porque sus respectivos elementos conceptuales pueden experimentar, a su vez, variaciones.

<sup>1562</sup> LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 191-192.

En general, es posible desmenuzar el concepto en dos dimensiones. De acuerdo con una primera dimensión de carácter preventiva, un Estado incurre en responsabilidad por falta de diligencia debida cuando no adopta todas las medidas que estaban a su alcance para prevenir un hecho, teniendo el deber jurídico de hacerlo<sup>1563</sup>. En cambio, conforme a una segunda dimensión, de carácter sancionatoria, un Estado puede incurrir en responsabilidad cuando no adopta todas las medidas razonables para investigar una ilicitud, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas<sup>1564</sup>.

En cualquiera de esas hipótesis, lo que se imputa al Estado no es la ilicitud cometida por el particular, sino el comportamiento negligente del órgano estatal que consiste en no haber prevenido o sancionado la ilicitud, es decir, un acto del propio Estado<sup>1565</sup>.

Las obligaciones internacionales que exigen un comportamiento diligente son obligaciones de medio, porque el Estado no está obligado a alcanzar un resultado concreto que consista en un impedimento efectivo del hecho ilícito, ni a sancionar a toda costa a los responsables, sino que su deber estriba en adoptar todas las medidas razonables que estén a su alcance para prevenir el hecho o para perseguir a los perpetradores si la violación se ha concretado. Sería excesivo obligar al Estado a la prevención y sanción de ilicitudes cometidas por sujetos no estatales sobre quien no detenta un control directo<sup>1566</sup>.

---

<sup>1563</sup> HEATHCOTE, Sarah. "State Omissions and Due Diligence. Aspects of Fault, Damage and Contribution to Injury in the Law of State responsibility", en BANNELIER, Karine/CHRISTAKIS, Théodore/HEATHCOTE, Sarah (eds.), *The ICJ and the Evolution of International Law. The Enduring Impact of the Corfu Channel Case*. London: Routledge, 2012, p. 305.

<sup>1564</sup> Cfr. CASSESE, *International law* (2001). 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 250; EAGLETON, Clyde. *The Responsibility of States in International Law* (1928). New York: Kraus Reprint, 1970, pp. 87, 92-93 y 128-131; ERIKSSON, op. cit., p. 200 y n. 1023; DE FROUVILLE, "Attribution of Conduct to the State...", cit., p. 277; JIMÉNEZ GARCÍA, "La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida", cit., pp. 15-16; PISILLO MAZZESCHI, "*Due Diligence*" e *responsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 231, 241-254, 286 y 389-390; STEINER, op. cit., p. 803.

<sup>1565</sup> La doctrina es unánime en este punto. Cfr. BARNIDGE, *Non state actors and terrorism*, cit., p. 73; el mismo, "The Due Diligence Principle under International Law", *International Community Law Review*, vol. 8, Issue 1, 2006, pp. 94-95; BLOMEYER-BARTENSTEIN, op. cit., p. 1112; CASSESE, *International Law*, cit., p. 250; EAGLETON, op. cit., pp. 77 y 94; ERIKSSON, op. cit., p. 202, n. 1035; DE FROUVILLE, "Attribution of Conduct to the State...", cit., pp. 277-278; HESSBRUEGGE, op. cit., p. 65; MELISH/ALIVERTI, op. cit., p. 120; SHELTON, "State Responsibility for Covert and Indirect forms of Violence", en MAHONEY, Kathleen E./MAHONEY, Paul (eds.). *Human Rights in the Twenty-First Century. A Global Challenge*. Dordrecht/Boston/ London: Martinus Nijhoff, 1993, p. 274.

<sup>1566</sup> Cfr. ERIKSSON, op. cit., p. 201; HEATHCOTE, op. cit., pp. 307-308; JIMÉNEZ GARCÍA, "La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida", cit., p. 14, n. 12; KAMMINGA, Menno. "«Due Diligence» Mania: the Misguided Introduction of an Extraneous Concept into

PISILLO MAZZESCHI propone una clasificación de las obligaciones internacionales que distingue entre obligaciones de resultado y obligaciones de diligencia. Mientras las primeras demandan la materialización de una consecuencia determinada, las segundas requieren el despliegue de un comportamiento diligente. La infracción de las obligaciones de resultado se produce toda vez que la consecuencia requerida no sea alcanzada, mientras que la infracción de las obligaciones de diligencia se configura cuando no se ejecuta un comportamiento con diligencia, independientemente de la materialización del resultado. Las obligaciones de diligencia suelen imponerse en situaciones que presentan circunstancias impredecibles que tornan excesiva la exigencia de un resultado concreto. Para el autor italiano, esta distinción da lugar a dos regímenes de responsabilidad internacional del Estado: el primero se refiere a una responsabilidad por el resultado, mientras que el segundo abarca una responsabilidad por la diligencia debida. PISILLO MAZZESCHI concluye que las obligaciones de diligencia debida y la responsabilidad resultante de su infracción constituyen categorías autónomas, es decir, deberes que se diferencian de otras clases de obligaciones y responsabilidades, porque poseen características definitorias propias y distintivas<sup>1567</sup>.

Pues bien, ha llegado el momento de reflexionar sobre la naturaleza de la diligencia debida desde la óptica de la concepción contemporánea del hecho internacionalmente ilícito. Cabe recordar que conforme la lógica del PRIEHII el hecho internacionalmente ilícito está compuesto por dos elementos: la ilicitud o elemento objetivo y la atribución o elemento subjetivo. La concepción de la responsabilidad internacional que inspira el Proyecto considera que esos son los únicos elementos necesarios para la configuración de un hecho internacionalmente ilícito. Por lo tanto,

---

Human Rights Discourse” [En línea], Maastricht Faculty of Law Working Paper, nº 2011/07, *Social Science Research Network*, 2011. Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1831045&download=yes](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1831045&download=yes)>. [Consulta: 23 de julio de 2014], p. 3; KOIVUROVA, op. cit., p. 1; LOZANO CONTRERAS, op. cit., p. 174; MELISH/ALIVERTI, op. cit., p. 120; PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *responsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 390-398; ZEGVELD, op. cit., pp. 181-183. Vid. también CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit. párr. 430, a propósito de la obligación de prevenir el genocidio.

<sup>1567</sup> Cfr. PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *responsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 125-126, 286-287, 390-391, 406 y 410; el mismo, “Responsabilité de l’état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme”, cit., pp. 282-290 y 301-302. Asimismo, el autor considera que otras clasificaciones de las obligaciones, de los hechos internacionalmente ilícitos y de la responsabilidad internacional –v. gr., la que distingue entre hechos ilícitos comisivos y omisivos o la que diferencia entre hechos ilícitos por actos de órganos del Estado y por actos de privados– son demasiado limitadas o demasiado amplias para demarcar la esfera de aplicación de la diligencia debida.

nociones como el daño o la culpa no fueron consideradas como elementos constitutivos del hecho ilícito, pese a que algunas escuelas de pensamiento defendieran lo contrario.

Históricamente, la posición sobre la naturaleza jurídica de la diligencia debida ha dependido de la concepción asumida sobre los elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito. Hasta que la CDI zanjara el debate, optando por una concepción bipartita, había tres grupos de teorías sobre el problema. Un primer grupo aglutinaba las teorías subjetivas, que consideran la culpa como un elemento constitutivo de la responsabilidad internacional<sup>1568</sup>. Un segundo grupo reunía las teorías objetivas, según las cuales la culpa no es un elemento de la responsabilidad internacional<sup>1569</sup>. Finalmente, existe un último grupo de teorías eclécticas, esto es, un conjunto de posiciones heterogéneas entre sí, pero cuyo común denominador estriba en diferenciar varios supuestos hipotéticos otorgando a la culpa un papel relevante sólo en algunos de esos supuestos<sup>1570</sup>.

Pues bien, las teorías subjetivas asimilaban la diligencia debida a un tipo específico de culpa, una culpa por negligencia. A su vez, para las teorías objetivas la diligencia debida está relacionada con el contenido de las obligaciones internacionales consagradas en las normas primarias. Algunas teorías objetivas argumentaban que la diligencia debida juega un papel relevante no sólo para la identificación del contenido de las normas primarias, sino también para la aplicación de las normas secundarias, teniendo una naturaleza híbrida que deriva de su carácter de estándar normativo y que la ubica en un punto intermedio entre la ilicitud y la atribución. Finalmente, entre las teorías eclécticas, algunas se inclinaban hacia una concepción más subjetiva de la diligencia debida y otras hacia una posición más objetiva, de modo que las conclusiones sobre su naturaleza jurídica terminaban siendo similares a las defendidas por alguna de las dos teorías anteriores<sup>1571</sup>.

El PRIEHII privilegió la teoría objetiva de la responsabilidad internacional, despojando a la culpa de su calidad de elemento constitutivo del hecho

---

<sup>1568</sup> Para una reseña de las diferentes versiones de estas teorías vid. PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *reponsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 28-30, 47-51 y 55-86.

<sup>1569</sup> Íd., pp. 33-47, 55-61 y 86-100.

<sup>1570</sup> Íd., pp. 51-55 y 101-116.

<sup>1571</sup> Íd., pp. 257-260, 273, 287, 399-400 y 402-404.



internacionalmente ilícito. Frente a esta opción de la CDI, cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de la diligencia debida a la luz de las disposiciones del Proyecto.

Pues bien, si la diligencia debida ha sido excluida del articulado del Proyecto, podría suponerse que su naturaleza se asocia a las normas primarias. Su función sería describir la modalidad de cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales. Su ámbito de aplicación, por lo tanto, se circunscribiría a las obligaciones internacionales cuyo cumplimiento debe ser realizado mediante un comportamiento debidamente diligente. Para el reconocimiento de dichas obligaciones deberá recurrirse a la redacción de las normas primarias que las consagran, que generalmente utilizan ciertas fórmulas verbales para exigir el cumplimiento diligente de una obligación.

La anterior, sin embargo, no es la única interpretación posible. El carácter de estándar de la diligencia debida también podría justificar una relación con las normas secundarias. Al igual que otras reglas de atribución, la diligencia debida tendría por objeto ilustrar el criterio a través del cual se puede atribuir a un Estado la vulneración de una obligación internacional. Se trataría de una regla de atribución que habilitaría la imputabilidad de la infracción de una obligación internacional al Estado. El objeto de la imputación consistiría en el hecho de un agente estatal que no ha implementado diligentemente un comportamiento preventivo o sancionatorio.

Pues bien, estas ilustrativas reflexiones sobre la conceptualización y naturaleza de la diligencia debida pueden servir de ayuda para una mejor comprensión de este estándar en el campo de los derechos humanos, tal como se verá a continuación.

### **3.3. La doble dimensión obligacional de la diligencia debida: la prevención y la sanción**

En el Derecho internacional de los derechos humanos la dúplice dimensión de la diligencia debida se explica por la relación que existe entre este estándar y la obligación general de garantía<sup>1572</sup>. En efecto, los deberes de prevención y sanción, cuyo cumplimiento debe llevarse a cabo empleándose la diligencia debida, también son deberes dimanantes de la obligación de garantía. Además, tanto el estándar de diligencia

---

<sup>1572</sup> Sobre la obligación general de garantía, vid. Capítulo IV, § 3.1.

debida como la mencionada obligación, vienen aplicados respecto de hechos ilícitos cometidos por particulares. Dicho esto, las dos dimensiones obligacionales de la diligencia debida serán analizadas a continuación.

### **3.3.1. El deber de prevención**

En otro lugar de este trabajo se ha hecho referencia a la obligación de prevención como un conjunto de medidas destinadas a evitar la comisión de una desaparición forzada. Tales medidas tienen como sujeto destinatario a los agentes estatales y consisten en una serie de garantías que tienen por finalidad proteger a toda persona privada de libertad<sup>1573</sup>. Sin embargo, este epígrafe pretende abordar la prevención desde otra perspectiva, esto es, como un deber específico del Estado que debe realizarse empleándose la diligencia debida y que se aplica a las ilicitudes cometidas por agentes no estatales. Este enfoque posee una importancia capital en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, porque pretende obligar al Estado a emplear todos los medios a su alcance para evitar que los particulares vulneren estos derechos<sup>1574</sup>.

Ahora bien, para que se infrinja esta obligación es necesario que el hecho que se pretendía evitar haya ocurrido y que el Estado haya tenido un comportamiento negligente en la tentativa de evitarlo<sup>1575</sup>. Ésta es una valoración esencialmente casuística que depende de un conjunto de factores muy diversos entre sí. Sin embargo, en la jurisprudencia internacional se han desarrollado algunos criterios normativos que pueden ser de mucha utilidad para valorar si un Estado cumple satisfactoriamente con el estándar de diligencia debida.

Al respecto, es imprescindible la referencia a la jurisprudencia del TEDH sobre la teoría de las acciones positivas destinadas a la protección del derecho a la vida. Se

---

<sup>1573</sup> Vid. Capítulo IV, § 3.4.

<sup>1574</sup> Cfr. MELISH/ALIVERTI, op. cit., p. 120; SALMON, op. cit., p. 390, para quien la definición general de la obligación de prevención tiene por objeto la adopción de todas las medidas razonables o necesarias para evitar un hecho independiente de la actuación estatal, que puede consistir en un acto del hombre o en un acontecimiento de la naturaleza.

<sup>1575</sup> SALMON, op. cit., p. 390. Según, HEATHCOTE, op. cit., p. 310, no es necesaria una relación de causalidad natural entre el hecho y el comportamiento negligente del Estado, sino que basta una causalidad normativa, que se debe comprobar comparando la conducta efectivamente realizada por los agentes estatales con la conducta diligente exigida por la norma.

trata de un verdadero paradigma normativo que tiene por objeto exigir al Estado la implementación de acciones positivas que protejan la vida de los ciudadanos ante situaciones de riesgo. Para los efectos de este trabajo, sólo interesan los casos en que el derecho a la vida ha sido vulnerado por la actuación ilícita de sujetos no estatales, aunque la teoría de las acciones positivas ha tenido un efecto expansivo, siendo aplicada a una gama muy diversas de situaciones de riesgo para la vida de las personas, entre otras, hechos de la naturaleza, deficiencias en la asistencia sanitaria, actividades privadas riesgosas y uso desproporcionado de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad del Estado.

Como primera advertencia cabe señalar que el Tribunal Europeo no emplea la expresión “diligencia debida”, sino que utiliza la nomenclatura de “acciones positivas”. Ambos conceptos suelen solaparse. Es muy probable que la expresión “acciones positivas” esté emparentada con la clásica distinción de las obligaciones sobre derechos humanos que diferencia entre obligaciones positivas o de acción y obligaciones negativas o de abstención<sup>1576</sup>. Pero dejando a un lado estas sutilezas semánticas, aunque el TEDH hable de acciones positivas, la argumentación empleada para su análisis es propia de la diligencia debida, dando pie a la conclusión de que no existen diferencias substanciales entre ambos conceptos<sup>1577</sup>.

La primera sentencia que fijó los requisitos normativos de las acciones positivas fue *Osman vs. Reino Unido*, sobre el asesinato de un estudiante cometido por un

---

<sup>1576</sup> ERIKSSON, op. cit., p. 201. Según la opinión tradicional, las obligaciones negativas se aplicarían sólo a los derechos civiles y políticos, mientras que las obligaciones positivas serían aplicables a los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, se ha criticado esta diferenciación por ser demasiado tajante, ya que todos los derechos humanos requieren el despliegue de algunas actividades positivas por parte del Estado. Cfr. BORELLI, Silvia. “Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights”, *Interights Bulletin*, vol. 15, n° 3, 2006, pp. 101 y 103; ERIKSSON, op. cit., p. 201; PISILLO MAZZESCHI, “Responsabilité de l’état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme”, cit., pp. 225-226 y 298, agregando que la distinción entre obligaciones positivas y negativas se limita a describir todos los comportamientos posibles que un Estado debe realizar para la protección o realización de un derecho humano, pero sin abordar el análisis de las obligaciones desde el punto de vista de su naturaleza jurídica.

<sup>1577</sup> ERIKSSON, op. cit., p. 201-202. En contra, KAMMINGA, op. cit., pp. 4-6, argumentando que las acciones positivas exigen un plus de efectividad en la investigación y prevención, cuestión que la diligencia debida no hace. También destacan esta especial exigencia de efectividad BORELLI, op. cit., pp. 101-103 y COSTA, “The European Court of Human Rights: Consistency of Its Case-Law and Positive Obligations”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 26, n° 3, 2008, p. 453. Sin embargo, estos autores no aclaran cuál es el contenido de ese “plus” de efectividad. Asimismo, no llegan al extremo de interpretar que las acciones positivas exigen una responsabilidad por el resultado, con lo cual esta exigencia de efectividad no puede ser alegada como una diferencia con la diligencia debida. De hecho, una correcta interpretación de éste último estándar obliga a entender que los deberes de prevención y sanción deben ser cumplidos con un sentido de efectividad.

profesor que tenía severos problemas psiquiátricos. Dado que el autor del homicidio fue un particular, el TEDH se planteó si el Estado tenía alguna clase de responsabilidad por no haber implementado medidas suficientes para proteger la vida de la víctima. Para resolver este problema, el TEDH formuló un estándar según el cual el Estado es responsable por la afectación de ese derecho si *“las autoridades sabían o debían saber en ese momento de la existencia de un riesgo real e inminente para la vida de un individuo o unos individuos determinados, debido a la actuación criminal de un tercero y fallaron en adoptar medidas dentro del ámbito de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían haber sido esperadas para evitar el riesgo”*<sup>1578</sup>.

El estándar aplicado en esta sentencia se consolidó en la jurisprudencia posterior del TEDH sobre la protección del derecho a la vida. La explicación de sus principales requisitos es esencial, porque el Tribunal Europeo ha aplicado esta teoría a numerosos casos de desapariciones forzadas en que no pudo determinarse la estatalidad o no estatalidad del autor<sup>1579</sup>. La aplicación del estándar depende de dos requisitos esenciales: primero, que el Estado tenga o deba tener el conocimiento de un riesgo real e inminente para la vida de las personas; y segundo, que haya adoptado razonablemente las medidas que estén a su alcance para prevenir la concreción del riesgo<sup>1580</sup>. A continuación, ambas exigencias serán objeto de un breve repaso.

### **3.3.1.1. El conocimiento de un riesgo real e inminente**

Este requisito exige que las autoridades estatales hayan tenido o deban haber tenido conocimiento de un riesgo real e inminente para la vida de la víctima. La concurrencia de esta exigencia debe ser analizada caso a caso, en atención a las características particulares del riesgo. Un riesgo es real e inminente si su concreción es

---

<sup>1578</sup> TEDH, *Osman vs. The United Kingdom*, cit., párr. 116: *“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 or individuals 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”*. Para algunos comentarios generales, vid. JIMÉNEZ GARCÍA, “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida”, cit., pp. 34-35.

<sup>1579</sup> Estos casos serán analizados infra, § 4.1.

<sup>1580</sup> Cfr. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 403 y 406; la misma, “The Duty to Take Preventive Operational Measures...”, cit., p. 161, quien distingue tres requisitos: 1) la existencia del riesgo; 2) su conocimiento por parte de la autoridad estatal; y 3) la adopción de medidas razonables. Sin embargo, en su jurisprudencia el TEDH suele tratar de manera unitaria el riesgo y su conocimiento por parte de la autoridad estatal.

probable y próxima en el tiempo<sup>1581</sup>. LOZANO CONTRERAS argumenta que “*un hecho es previsible si existen motivos fundados para creer que efectivamente va a suceder*”<sup>1582</sup>.

El conocimiento del riesgo no es una exigencia subjetiva, porque su comprobación se realiza sobre la base de los antecedentes de hecho. Según la sentencia de la CIJ sobre la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen del Genocidio*, no se requiere que el Estado tenga la certeza de que el hecho vaya a producirse, bastando con que conozca o deba conocer la existencia de un peligro serio de que el hecho acontezca<sup>1583</sup>.

En la práctica se suele prestar importancia a ciertos hechos específicos que permiten inferir el conocimiento del riesgo por parte de la autoridad estatal<sup>1584</sup>. Uno de esos factores es la presentación de una denuncia o la práctica de una notificación a la autoridad<sup>1585</sup>. Asimismo, la existencia de un patrón sistemático y generalizado de violaciones a los derechos humanos puede ser determinante para concluir que el Estado tenía o debía tener conocimiento del riesgo, debido a la notoriedad fáctica de esa situación estructural. Ante este tipo de situaciones generalizadas las obligaciones de prevenir y sancionar deben ser pronta y celosamente cumplidas para evitar la reiteración de las ilicitudes<sup>1586</sup>.

Estos dos factores no son los únicos a tener en cuenta para la valoración del riesgo. Por ejemplo, se ha discutido si el control que un Estado ejerce sobre un territorio puede servir de base para presumir el conocimiento de las ilicitudes que se cometen

---

<sup>1581</sup> ABRAMOVICH, op. cit., p. 174.

<sup>1582</sup> LOZANO CONTRERAS, op. cit., p. 201, n. 553.

<sup>1583</sup> CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit. párrs. 432 y 438. La CorteIDH también suele referirse a la noción de riesgo real e inmediato, pero sin especificar su contenido, sino analizando caso a caso si el Estado era capaz de preverlo. Cfr. *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., voto concurrente del juez Diego GARCÍA-SAYÁN, párrs. 8-10; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 123; *Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 121; *Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 194, párr. 110; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párr. 78; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 155.

<sup>1584</sup> LOZANO CONTRERAS, op. cit., p. 202 y PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *reponsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 261 y 401, los denominan factores objetivos.

<sup>1585</sup> Cfr. LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 211-212; PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *reponsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 268-271.

<sup>1586</sup> Se refiere a esta cuestión, desde la perspectiva de la notoriedad del hecho, MARIÑO MENÉNDEZ, “Una reflexión sobre la posible configuración del crimen internacional de feminicidio”, cit., p. 118-120, hablando de una *aquiescencia sistemática* cuando los Estados no reaccionan ante patrones estructurales de violaciones.

dentro de ese territorio, cuestión que ha sido rechazada por la CIJ<sup>1587</sup>. A continuación se expondrán algunas sentencias que ejemplifican la aplicación práctica de estos factores.

En cuanto a las denuncias o notificaciones, en la sentencia *Osman vs. Reino Unido* el TEDH juzgó que el Estado no tenía conocimiento del riesgo, a pesar de que el autor había manifestado un comportamiento extraño antes de cometer el homicidio. Según el Tribunal, aunque se había informado de esas circunstancias a la policía, no se podía concluir que ese comportamiento superaba el umbral de un riesgo real e inminente para la vida de la víctima<sup>1588</sup>.

Otra sentencia interesante es *Paul y Audrey Edwards vs. Reino Unido*. Edwards era una persona esquizofrénica que había sido detenida por un delito menor. Mientras estaba en régimen de prisión preventiva fue asesinado a mano de su compañero de celda, un sujeto de apellido Linford, también esquizofrénico. En este caso el TEDH

---

<sup>1587</sup> Vid. CIJ. *The Corfu Channel Case*, judgment, 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports*, 1949, p. 18: “it cannot be concluded from the mere fact of the control exercised by a State over its territory and waters that that State necessarily knew, or ought to have known, of any unlawful act perpetrated therein, nor yet that it necessarily knew, or should have known, the authors” [solo por el hecho del control ejercido por un Estado sobre su territorio y aguas no se puede concluir que el Estado necesariamente conocía o debería haber conocido de cualquier acto perpetrado allí, y tampoco que necesariamente conocía o debería haber conocido a los autores]. El caso dice relación con la explosión de minas ubicadas en agua albanesas, que dañaron dos destructores británicos, causando la muerte algunos tripulantes. La CIJ consideró que era mucho más relevante para los efectos de la previsibilidad, el alto nivel de vigilancia que el Estado albanés ejercía sobre las aguas del estrecho durante la época de los hechos y la prueba de su capacidad técnica para observar la colocación de minas en sus aguas. Vid. íd., pp. 18-19 y 20-22. Asimismo, vid. los comentarios de BARNIDGE, “The Due Diligence Principle under International Law”, cit., pp. 104-106.

Esta tesis parece haber sido confirmada en la sentencia *Armed Activities on the Territory of the Congo*, cit., párrs. 300-303, a propósito de las actividades que rebeldes anti-ugandeses desarrollaban en territorio congolés. En general, la Corte sostuvo que la ausencia de una acción contra los rebeldes no necesariamente implicaba una aquiescencia o tolerancia de sus actividades, considerando además que se trataba de una zona de difícil acceso.

También el TEDH no presta tanta importancia al control del territorio. Por ejemplo, en la sentencia *Ilaşcu and others vs. Moldova and Russia*, cit., párr. 330-331, se afirmó que “the Court considers that the Moldovan Government [...] does not exercise authority over part of its territory, namely that part which is under the effective control of the “MRT” [...]. However, even in the absence of effective control over the Transdniestrian region, Moldova still has a positive obligation under Article 1 of the Convention to take the diplomatic, economic, judicial or other measures that it is in its power to take and are in accordance with international law to secure to the applicants the rights guaranteed by the Convention” [La Corte considera que el Gobierno moldavo [...] no ejerce autoridad sobre una parte de su territorio, esto es, la parte que está bajo el control efectivo de la República de Transnistria. Sin embargo, incluso en ausencia de un control efectivo sobre la región transnistria, Moldavia tiene una obligación positiva de conformidad al artículo 1 de la Convención de adoptar las medidas diplomáticas, económicas, judiciales y otras que estén en su poder y sean conformes con el Derecho internacional, a fin de garantizar a los demandantes los derechos protegidos por la Convención].

Cfr. EAGLETON, op. cit., pp. 77-80 y 94; ZEGVELD, op. cit., pp. 182-183, argumentando que el control del territorio *per se* no es suficiente para responsabilizar al Estado por la falta de diligencia debida en la prevención y sanción de ilícitos de particulares. En general, sobre la importancia del control territorial para la diligencia debida, cfr. LOZANO CONTRERAS, op. cit., p. 212, n. 574; PISILLO MAZZESCHI, “Due Diligence” e reponsabilità internazionale degli stati, cit., pp. 261-263.

<sup>1588</sup> TEDH, *Osman vs. The United Kingdom*, cit., párrs. 117-122.

consideró que el riesgo real e inminente existía y que el Estado debería haberlo conocido, porque Linford era un sujeto con una grave enfermedad psiquiátrica y con una actitud potencialmente violenta que había sido previamente constatada mediante exámenes médico-forenses por las autoridades competentes<sup>1589</sup>.

Un caso ilustrativo es *Mastromatteo vs. Italia*, sobre un asesinato cometido por tres criminales mientras se daban a la fuga tras robar un banco. La peculiaridad del caso estriba en que dos de esos criminales estaban gozando de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. El Tribunal Europeo concluyó que el Estado no podía ser responsable por la violación del derecho a la vida, ya que el sistema italiano de medidas alternativas a la pena privativa de libertad contaba con una serie de garantías que tenían por objeto equilibrar la reinserción social de los condenados con la protección de la sociedad frente a una eventual reincidencia delictual. En este caso concreto, las medidas fueron adoptadas en cumplimiento de todos los requerimientos legales y al momento de su concesión no había ningún antecedente que permitiera a las autoridades predecir un riesgo real e inminente para la vida de terceros<sup>1590</sup>.

*Rantsev vs. Chipre y Rusia* es otro caso bastante peculiar, porque la reflexión sobre las acciones positivas de protección del derecho a la vida se inserta en el contexto de la trata de blancas. Los hechos indicaban que la víctima había sido objeto de trata con fines de explotación. Tras un altercado con su empleador, éste la condujo a una estación de policía solicitando que la detuvieran por inmigración irregular. Sin embargo, la policía no procedió a practicar la detención dada la inexistencia de un fundamento legal. A la mañana siguiente, la víctima fue hallada muerta. Las investigaciones posteriores no fueron capaces de constatar si la muerte había sido consecuencia de una actuación criminal. Según el TEDH, “*aunque es indiscutible que las víctimas de trata y explotación a menudo son forzadas a vivir y trabajar en condiciones crueles y que pueden sufrir violencia y maltrato por obra de sus empleadores [...] en ausencia de cualquier indicación específica en un caso particular, el riesgo general de maltrato y violencia no puede constituir un riesgo real e inmediato a la vida*”<sup>1591</sup>. El Tribunal

---

<sup>1589</sup> TEDH, *Paul y Audrey Edwards vs. United Kingdom*, judgment, application no. 46477/99, 14 de marzo de 2002, párrs. 58-60.

<sup>1590</sup> TEDH, *Mastromatteo vs. Italy*, application no. 37703/97, judgment, 24 de octubre de 2002, párrs. 67-79.

<sup>1591</sup> TEDH, *Rantsev vs. Cyprus and Russia*, application no. 25965/04, judgment, 7 de enero de 2010, párr. 222: “*Although it is undisputed that victims of trafficking and exploitation are often forced to*

agregó que no había ninguna circunstancia que permitiera a la policía prever el trágico resultado de muerte<sup>1592</sup>.

La aplicación del test sobre el conocimiento del riesgo ha sido extendida respecto de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la integridad física consagrado en el artículo 3 de la CEDH. En un caso sobre violencia doméstica y abusos sexuales, *E. y otros vs. Reino Unido*, el TEDH concluyó que los servicios sociales estaban al tanto del historial de violencia de la familia de las víctimas y que deberían haber implementado una serie de medidas concretas para evitar los abusos sexuales<sup>1593</sup>.

Otro caso interesante sobre violencia doméstica es *Opuz vs. Turkey*, sobre el homicidio de la madre de la demandante. El agresor era el marido de la demandante, tenía un abultado historial de violencia contra ambas mujeres y había sido enjuiciado y condenado en dos ocasiones. El TEDH concluyó que las autoridades conocían perfectamente el riesgo al que estaban sometidas las víctimas en base al historial de violencia del agresor y a las reiteradas denuncias y solicitudes de protección presentadas por las víctimas<sup>1594</sup>.

Los avisos, notificaciones o denuncias también han sido utilizados por otros tribunales con el fin de valorar el conocimiento del riesgo por parte del Estado<sup>1595</sup>. Un precedente emblemático es el caso *Alabama*. Durante la Guerra de Secesión Norteamericana, pese a declarar su neutralidad, el Gobierno británico había apoyado a los secesionistas sureños permitiendo la construcción de buques corsarios en su

---

*live and work in cruel conditions and may suffer violence and ill-treatment at the hands of their employers [...] in the absence of any specific indications in a particular case, the general risk of ill-treatment and violence cannot constitute a real and immediate risk to life*".

<sup>1592</sup> *Íbid.*

<sup>1593</sup> TEDH. *E. and others vs. The United Kingdom*, application no. 33218/96, judgment, 26 de noviembre de 2002, párrs. 62-101.

<sup>1594</sup> TEDH, *Opuz vs. Turkey*, application no. 33401/02, judgment, 9 de junio de 2009, párrs. 133-136. Para algunos comentarios doctrinales sobre esta sentencia cfr. ALCOCEBA GALLEGO, Amparo. "La violencia contra la mujer en el seno del Consejo de Europa. La sentencia del T.E.D.H. en el caso Opuz c. Turquía", en *Feminicidio*, cit., pp. 185-189, centrándose en la vulneración del principio de no discriminación; SALADO OSUNA, Ana. "Feminicidio: una perspectiva europea", en *Feminicidio*, cit., pp. 167-173, reseñando las consideraciones de la sentencia sobre los derechos protegidos en el CEDH que afectados en este caso. Las conclusiones de esta sentencia sobre la protección del derecho a la vida en el marco de la violencia doméstica coinciden con lo sostenido por el COMITÉ SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER en casos similares. Cfr., v. gr., *Goekce vs. Austria*, comunicación nº 5/2005, 6 de agosto de 2007, CEDAW/C/39/D/5/2005, párrs. 12.1.4 y 12.1.5; *Yildirim vs. Austria*, comunicación nº 6/2005, 6 de agosto de 2007, CEDAW/C/39/D/6/2005, párrs. 12.1.4 y 12.1.5.

<sup>1595</sup> Para una documentada reseña de la jurisprudencia sobre el punto, vid. LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 210-212.



territorio, buques que luego fueron utilizados durante la guerra. En la sentencia, se sostuvo que el Gobierno británico “*omitió adoptar en tiempo debido cualquier medida efectiva de prevención, no obstante las advertencias y representaciones oficiales formuladas por los agentes diplomáticos de Estados Unidos*”<sup>1596</sup>.

Otro caso interesante es el relativo al *personal diplomático y consular en la Embajada de Estados Unidos en Teherán* resuelto por la CIJ. Los hechos se refieren al asalto, ocupación y toma de rehenes en la embajada norteamericana de Teherán de parte de un grupo de estudiantes iraníes. La CIJ destacó que el Gobierno Iraní no había adoptado ninguna medida para prevenir los ataques, a pesar de los llamados de ayuda emitidos por el personal, sin perjuicio de que las instalaciones diplomáticas y consulares estadounidenses en Irán habían sido objeto de ataques anteriores<sup>1597</sup>.

Como se había adelantado, también el contexto en que tiene lugar la ilicitud puede ser determinante para deducir si el Estado tenía o debía tener conocimiento del riesgo. Una situación estructural de violencia difícilmente podría ser desconocida por el Estado y en el evento de que las autoridades ignoraren un contexto de esas características, el Estado podía seguir siendo responsable si se concluyere que tenía un deber de estar informado. A la luz del deber de protección de los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de monitorear constantemente las ilicitudes que pueden ser cometidas en su jurisdicción, especialmente si se trata de patrones generalizados de violaciones.

---

<sup>1596</sup> *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, cit., p. 130: “*that the British government failed to use due diligence in the performance of its neutral obligations; and especially that it omitted, notwithstanding the warnings and official representations made by the diplomatic agents of the United States [...] to take in due time any effective measures of prevention*”.

<sup>1597</sup> CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, cit., párr. 18, refiriéndose a las llamadas de ayuda; párrs. 63-68, especialmente, párr. 66, cuando señala que las autoridades de Irán “*despite assurances previously given by them to the United States Government and despite repeated and urgent calls for help, they took no apparent steps either to prevent the militants from invading the Embassy or to persuade or to compel them to withdraw*” [pese a las garantías previamente entregadas por ellos al Gobierno de los Estados Unidos y a las reiteradas y urgentes llamadas de ayuda, no adoptaron ninguna medida aparente para prevenir la invasión de la embajada por los militantes o para persuadirles u obligarles a retirarse] y párr. 68(b), según el cual las autoridades estatales “*were fully aware, as a result of the appeals for help made by the United States Embassy, of the urgent need for action on their part*” [como resultado de las llamadas de ayuda hechas por la embajada de Estados Unidos, estaban plenamente conscientes de la necesidad urgente de actuación por su parte]. Cfr. los comentarios de BARNIDGE, “*The Due Diligence Principle under International Law*”, cit., pp. 110-112; PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence e responsabilità internazionale degli stati*”, cit., p. 270. La situación a la que se refiere esa sección de la sentencia está reflejada en el principio de la película *Argo* [DVD]. Director: Ben AFFLECK. Producción: Warner Bros. Pictures/GK Films/Smoke House Pictures. Distribución: Warner Bros Digital, s. f. (2012).

En cuanto a la práctica internacional, existe una abundante jurisprudencia del TEDH vinculada al contexto del conflicto kurdo en la región del sureste de Turquía. Se trata de una jurisprudencia importante de cara al análisis de los precedentes del TEDH sobre desapariciones forzadas cometidas en el marco de esta misma situación generalizada de violencia<sup>1598</sup>. Para valorar si el Estado estaba en conocimiento de un riesgo real e inminente, el Tribunal Europeo ha diferenciado con claridad la situación particular de la víctima y el contexto general en que se produjeron los hechos. Por esta razón, ABRAMOVICH habla de un riesgo particularizado y de un riesgo general<sup>1599</sup>.

Con relación a la víctima, el Tribunal ha tomado en cuenta su situación específica de vulnerabilidad o la presentación de algún tipo de denuncias ante la autoridad. Por ejemplo, en la sentencia *Kiliç vs. Turquía* la víctima era un periodista que trabajaba en un diario favorable a la política independentista kurda. Ese diario, sus trabajadores y la misma víctima, habían sufrido ataques y amenazas con anterioridad al homicidio. Además, la víctima había enviado un informe al gobernador de su zona que daba cuenta de tales ataques y amenazas<sup>1600</sup>. En otro caso, *Akkoç vs. Turquía*, la víctima era un profesor kurdo que colaboraba con un sindicato favorable a la causa kurda y que había recibido amenazas telefónicas de muerte. También en este caso, la víctima había denunciado las amenazas ante el fiscal competente<sup>1601</sup>. En ambos casos, debido al tipo de actividades que desempeñaban y a las amenazas anteriores a los ataques, las víctimas se encontraban en una situación de vulnerabilidad y corrían un riesgo real e inminente de ser asesinadas. Además, en ambas situaciones la autoridad había recibido alguna clase de denuncia, con lo cual el Estado estaba o debía estar al tanto del riesgo.

En cuanto al contexto general, el TEDH ha concluido en varias sentencias que el Estado turco ha implementado una política violenta de represión contra los partidarios del PKK. En la época de comisión de los hechos, la zona sureste de Turquía contaba con una fuerte presencia de agentes de seguridad estatales y agentes no estatales armados que realizaban operaciones conjuntas contra las facciones independentistas. Tales agentes estaban sujetos a un régimen jurídico sancionatorio especial que generó un

---

<sup>1598</sup> Esta jurisprudencia será analizada infra, en el § 4.1.

<sup>1599</sup> ABRAMOVICH, op. cit., p. 174.

<sup>1600</sup> TEDH, *Kiliç vs. Turkey*, application no. 22492/93, judgment, 28 de marzo de 2000, párrs. 65-67 y 76.

<sup>1601</sup> TEDH, *Akkoç vs. Turkey*, judgment, applications n° 22947/93 y 22948/93, 10 de octubre de 2000, párrs. 80-82 y 93.

clima generalizado de impunidad en relación con los delitos cometidos durante el desempeño de sus funciones. Varios informes de instituciones nacionales citados por la jurisprudencia del TEDH, daban cuenta de graves falencias en las investigaciones de estos crímenes y de una falta de independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales encargados de la tramitación de los procesos<sup>1602</sup>. El conjunto de estos antecedentes, por tanto, configuraba un contexto de alto riesgo para la vida de los partidarios o simpatizantes del PKK que difícilmente podía permanecer ajeno al conocimiento del Estado.

Por lo tanto, entre los múltiples factores que pueden tenerse en cuenta para valorar el conocimiento de un riesgo, el TEDH ha considerado que la presencia de notificaciones, denuncias y avisos y la comisión de las violaciones en un contexto generalizado de violencia, pueden ser determinantes para concluir que un Estado estaba o debía estar en conocimiento del riesgo. Ahora bien, según la teoría de las acciones positivas, en esos casos los Estados deben adoptar las medidas razonables para evitar que el riesgo se convierta en una afectación concreta de un derecho humano.

### **3.3.1.2. La adopción de medidas razonables para prevenir el hecho**

Para que los Estados puedan adoptar medidas de prevención es imprescindible que el riesgo sea evitable<sup>1603</sup>. Los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad para la elección de estas medidas, con lo cual la valoración sobre su razonabilidad es una cuestión casuística<sup>1604</sup>. Sin embargo, si la discrecionalidad fuese ilimitada el estándar perdería sentido, de modo que la práctica internacional sobre diligencia debida ha intentado acotar este margen de apreciación fijando algunos parámetros que sirvan de

---

<sup>1602</sup> Cfr. TEDH, *Kiliç vs. Turkey*, cit., párrs. 66-77; la misma, *Akkoç vs. Turkey*, cit., párrs. 83-93.

<sup>1603</sup> ABRAMOVICH, op. cit., p. 174.

<sup>1604</sup> Cfr. COSTA, op. cit., p. 453; EAGLETON, op. cit., p. 88; ERIKSSON, op. cit., pp. 216-217 y 224; GARCIA ELORRIO, op. cit., p. 3; HAKIMI, op. cit., pp. 371-372; HESSBRUEGGE, op. cit., p. 84; LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 191-192; KAMMINGA, op. cit., p. 3; PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *reponsabilità internazionale degli stati*, cit., p. 261; STEINER, op. cit., p. 804; ZEGVELD, op. cit., p. 182-183. El HRC en su *Observación general N° 3*. Aplicación del Pacto a nivel nacional (artículo 2), en ONU. *Instrumentos internacionales de derechos humanos*, cit., p. 206, párr. 1, indicó que “*el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios*”. También la CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit. párr. 430, ha señalado que se trata de una apreciación en concreto.

límite<sup>1605</sup>. Por ejemplo, los Estados no pueden adoptar ninguna medida razonable si no cuentan con un aparato institucional, jurídico, administrativo y judicial capaz de prevenir y sancionar las ilicitudes cometidas por los particulares<sup>1606</sup>.

Algunos autores argumentan que el grado de desarrollo económico de un Estado puede servir de justificación para el incumplimiento de ciertas obligaciones que imponen un deber de diligencia<sup>1607</sup>. La práctica de derechos humanos sobre este punto es inconstante y controversial, ya que mientras algunos precedentes asumen que los Estados tienen el deber de adecuar su institucionalidad para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, otros reconocen que ciertos deberes constituyen una carga desproporcionada a la situación económica o al grado de desarrollo<sup>1608</sup>. Frente a esta problemática es necesario un sentido crítico, porque de lo contrario sería muy fácil para los Estados eximirse de responsabilidad internacional alegando el argumento de la débil capacidad económica o de un grado limitado de desarrollo. Es cierto que la capacidad presupuestaria de un país puede influir en los niveles de protección de ciertos derechos, pero también es verdad que la planificación presupuestaria se basa en decisiones esencialmente políticas. Cabe tener en cuenta, además, que no existen derechos “caros”

---

<sup>1605</sup> Cfr. HAKIMI, op. cit., p. 373; LOZANO CONTRERAS, op. cit., p. 203.

<sup>1606</sup> Cfr. BARNIDGE, “The Due Diligence Principle under International Law”, cit., p. 97; ERIKSSON, op. cit., p. 216, destacando la importancia de las medidas legislativas sobre derechos humanos a pp. 222-227; LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 174 y 203; PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *responsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 231-241, 286 y “Responsabilité de l’état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme”, cit., pp. 311-ss., diferenciando entre la obligación de implementar un aparato institucional y la obligación de utilizarlo para prevenir y sancionar hechos ilícitos, argumentando que la diligencia debida sólo cubre esta segunda obligación; SHELTON, “State Responsibility for Covert and Indirect forms of Violence”, cit., p. 273; STEINER, op. cit., p. 803.

También en la práctica se ha aludido frecuentemente a esta cuestión. Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., párr. 110; *Anzualdo Castro vs. Perú*, cit., párr. 62; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párr. 236; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 175; *Kawas Fernández vs. Honduras*, cit., párr. 76; *Perozo y otros vs. Venezuela*, cit., párr. 149; *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 166. Cfr. también las sentencias del TEDH, v. gr., *Osman vs. The United Kingdom*, cit., párr. 115; *Koku vs. Turkey*, cit., párr. 126; *Osmanoğlu vs. Turkey*, cit., párr. 72. Finalmente, cfr. ACHPR. *Zimbabwe Human Rights NGO Forum vs. Zimbabwe*, communication 245/2002, 11-25 de mayo de 2006, párr. 147; CORTE SUPREMA DE NEPAL, *Rabindra Prasad Dhakal...*, cit., p. 334.

<sup>1607</sup> Cfr. COSTA, op. cit., p. 453; ERIKSSON, op. cit., pp. 224-225, n. 1137; LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 204-205.

<sup>1608</sup> Cfr. HAKIMI, op. cit., p. 374-376; LOZANO CONTRERAS, op. cit., p. 174. En cuanto a la práctica, se pueden dar dos ejemplos contradictorios. Cfr. HRC. *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto*. Observaciones del Comité de Derechos Humanos. República Unida de Tanzania. CCPR/C/79/Add.12 (28 de diciembre de 1992), párr. 5, disponiendo que la escasez de recursos no puede obstaculizar la aplicación del PIDCP; *Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States) vs. Great Britain*, cit., p. 44, asumiendo una posición opuesta, cuando argumenta que el sistema de policía y de protección de la vida y la propiedad vigente en las regiones salvajes de África no pueden ser juzgados acorde a los estándares de países desarrollados.

y derechos “baratos”, sino que todos los derechos son costosos, con lo cual la priorización de unos por sobre otros depende del poder político<sup>1609</sup>.

Pues bien, existe una abundante práctica internacional sobre la razonabilidad de las medidas que los Estados deben adoptar para la protección de sus ciudadanos. Debe subrayarse que el test de razonabilidad no exige valorar si la eventual adopción de unas medidas habría evitado objetivamente el resultado lesivo, sino que es suficiente la prueba de una capacidad potencial para evitar o mitigar el daño<sup>1610</sup>.

No siempre las fuentes jurisprudenciales especifican las medidas que deberían haberse adoptado. Por ejemplo, en las sentencias *Kiliç vs. Turquía* y *Akkoç vs. Turquía*, el TEHD argumentó que el Estado turco no adoptó ninguna medida a pesar del clima de impunidad imperante en la región de los hechos y las denuncias de las víctimas, pero no especificó que debería haberse hecho<sup>1611</sup>.

En cambio, otros precedentes son más detallistas en la descripción de las medidas adecuadas al caso concreto. Por ejemplo, la sentencia *Paul y Audrey Edwards vs. Reino Unido*, argumentó que el riesgo podría haberse evitado si se hubiere realizado un mejor examen psiquiátrico al autor del homicidio, si la información sobre su situación médica habría sido comunicada a las entidades forenses, policiales y penitenciarias y si la víctima no hubiere compartido la celda con el agresor<sup>1612</sup>. Asimismo, en la sentencia *E. y otros vs. Reino Unido* se argumentó que los órganos competentes deberían haber actuado coordinadamente para realizar una intervención social más contundente sobre la familia afectada, describiendo en detalle las medidas que deberían haberse implementado<sup>1613</sup>. En la sentencia *Opuz vs. Turquía*, el Tribunal Europeo argumentó que las autoridades competentes deberían haber puesto en marcha alguna clase de medida de protección, como la emisión de una orden de alejamiento en perjuicio del autor. La sentencia agregó que las garantías procesales del agresor no

---

<sup>1609</sup> Por su parte, HESSBRUEGGE, op. cit., p. 85, argumenta que la priorización de la protección de unos derechos sobre otros no puede basarse en decisiones discriminatorias que favorezcan unos grupos vulnerables en perjuicio de otros. Para una crítica más general sobre la consideración del desarrollo como un factor para la valoración de la diligencia debida, vid. PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *responsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 264-265.

<sup>1610</sup> Cfr. TEDH, *E. and others vs. The United Kingdom*, cit., párr. 99; el mismo, *Opuz vs. Turkey*, cit., párr. 136; CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., párr. 430.

<sup>1611</sup> Cfr. TEDH, *Kiliç vs. Turkey*, cit., párrs. 75-76; el mismo, *Akkoç vs. Turkey*, cit., párrs. 91-93.

<sup>1612</sup> TEDH, *E. and others vs. The United Kingdom*, cit., párrs. 61-63.

<sup>1613</sup> Íd., párrs. 97-100.

pueden prevalecer sobre el derecho a la vida y a la integridad física de las víctimas, que los procesos sobre violencia doméstica tienen un carácter público que obliga a su tramitación aun en el evento de que las víctimas retiren la denuncia<sup>1614</sup>. Estas observaciones se utilizaron para declarar la infracción del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las víctimas<sup>1615</sup>.

La CIJ también se ha referido en algunas de sus sentencias a las medidas de prevención que deberían implementarse en atención a las peculiaridades del caso. Por ejemplo, en la sentencia sobre la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen del Genocidio* señaló que las medidas para la prevención del genocidio están relacionadas con la capacidad del Estado para influir efectivamente en el comportamiento de las personas que cometen o pueden cometer el genocidio, capacidad que dependerá de la distancia geográfica del lugar de los hechos y la fortaleza de la vinculación entre la autoridad estatal y el actor<sup>1616</sup>. En esta misma sentencia se especificó que era necesario demostrar que el Estado tenía el poder de evitar el resultado lesivo, siendo suficiente probar que no empleó los medios a su disposición para evitarlo<sup>1617</sup>. A su vez la sentencia sobre el *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* argumentó que las autoridades iraníes deberían haber evitado la irrupción de los estudiantes a los establecimientos diplomáticos y haber obligado a los manifestantes a abandonarlos<sup>1618</sup>. Finalmente, en el caso sobre el *Estrecho de Corfú* se indicó que el Estado albanés debería haber advertido de la existencia de las minas a todo buque que se aproximare a la zona<sup>1619</sup>.

Para redondear, la jurisprudencia internacional ha tratado los criterios que deben tenerse en cuenta para valorar si la obligación de prevención ha sido cumplida

---

<sup>1614</sup> TEDH, *Opuz vs. Turkey*, cit., párrs. 137-149.

<sup>1615</sup> Íd., párrs. 158-176.

<sup>1616</sup> CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit. párr. 432. Según HAKIMI, op. cit., pp. 364-365, dado que la obligación de prevención del genocidio es *erga omnes*, la Corte debía establecer algún parámetro normativo que permitiese identificar los Estados responsables del cumplimiento de esta obligación. Interpretando el criterio de la Corte, HAKIMI cree que ese parámetro está centrado en una relación de control que el Estado debe detentar sobre el actor no estatal autor del genocidio. Tal como se ha señalado en otro lugar de esta tesis, este tipo de posiciones es criticable, porque la existencia de un control global sobre los agentes no estatales hace a los Estados responsables por el hecho mismo –en este caso el genocidio– y no por la falta de diligencia debida por no haberlo prevenido.

<sup>1617</sup> CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit. párr. 438.

<sup>1618</sup> CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, cit., párrs. 65-66.

<sup>1619</sup> CIJ, *The Corfu Channel Case*, cit., pp. 22-23.

diligentemente. Cabe destacar la jurisprudencia del TEDH, que ha elaborado un verdadero paradigma normativo para los efectos de valorar la aplicación de la diligencia debida, basándose en dos factores: el conocimiento del riesgo y la razonabilidad de las medidas. Sin embargo, además de la prevención, la diligencia debida también ha sido empleada para valorar la infracción del deber de sanción. Por ende, en seguida se tratarán las peculiaridades de esta segunda dimensión de la diligencia debida.

### 3.3.2. El deber de sanción

La responsabilidad por falta de diligencia debida también puede surgir cuando los Estados no sancionan a los agentes no estatales culpables de ilicitudes que vulneran derechos, intereses o bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional. Por ende, los Estados están obligados a emplear todos los medios que están a su disposición para poner fin al ilícito y castigar a los culpables<sup>1620</sup>.

A diferencia de la obligación de prevención, que rige antes de la consumación del hecho ilícito, la obligación de sanción entra en vigencia mientras el ilícito está siendo cometido o cuando su comisión ya ha finalizado<sup>1621</sup>. De todos modos, las obligaciones de prevención y sanción están interconectadas, porque el incumplimiento de la primera puede generar como consecuencia la exigibilidad de la segunda<sup>1622</sup>.

Como acontece con la obligación de prevención, la esencia de la obligación de sanción no consiste en la infracción *per se*, sino en la actuación negligente de los agentes estatales que no han procedido a perseguir a los responsables<sup>1623</sup>. La obligación de sanción es de medio y no de resultado. Sin embargo, esto no obsta para que los Estados desempeñen este deber con un sentido de efectividad, empleando todos los medios a su disposición para el castigo de los infractores.

En la doctrina se ha debatido si la diligencia debida se aplica a todos los deberes específicos que surgen de la obligación de sanción, a saber, la investigación, el

---

<sup>1620</sup> LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 178-179.

<sup>1621</sup> *Íd.*, p. 179.

<sup>1622</sup> ECONOMIDES, op. cit., p. 374.

<sup>1623</sup> Cfr. BARNIDGE, "The Due Diligence Principle under International Law", cit., pp. 94-95; SPERDUTI, Giuseppe. "Responsibility of States for Activities of Private Law Persons", en *Encyclopedia of Public International Law*. 5 vols. Amsterdam-London-New York-Tokyo: North-Holland, t. IV, 1992, p. 218.

procesamiento y el juzgamiento. Los límites entre estas obligaciones no siempre son claros y dependerán de cada ordenamiento nacional. Hay tres posiciones distintas en este debate. La primera sostiene que el estándar sólo se aplica a la obligación de prevención, descartando su aplicabilidad a la obligación de sanción. La segunda posición considera que la diligencia debida es aplicable a todos los deberes específicos que constituyen la obligación de sanción. Finalmente, la tercera y última postura considera que la diligencia debida sólo es aplicable al deber de investigación, porque los deberes de procesar y juzgar son de resultado<sup>1624</sup>.

En mi opinión, en el campo de los derechos humanos es complejo disociar tajantemente los deberes de investigación y juzgamiento, con lo cual la diligencia debida debería aplicarse a ambas obligaciones. Resultaría demasiado gravoso imponer al Estado que estas obligaciones sean de resultado. En cuanto a la investigación, el establecimiento de los hechos y la individualización de los perpetradores dependerá en gran medida de la diligencia con que se realicen las pesquisas, pero no se puede evitar que en algunos casos sea extremadamente difícil lograr esos resultados atendido a las circunstancias de hecho<sup>1625</sup>. Lo mismo puede decirse a propósito del procesamiento y juzgamiento de los responsables, ya que al Estado se le puede exigir una máxima diligencia en la substanciación del proceso, pero jamás una condena a toda costa de los perpetradores, porque sería una imposición demasiado gravosa que incluso podría entrar en conflicto con las garantías del imputado, por todas, la presunción de inocencia. A pesar de lo anterior, la valoración sobre el despliegue de la diligencia en el cumplimiento de estas dos obligaciones debe ser muy exigente a la luz de los estándares internacionales.

Existen algunos precedentes generales que se han referido a la aplicación de la diligencia debida en el desempeño de la obligación de sanción. Por ejemplo, la

---

<sup>1624</sup> Sobre esta discusión cfr. LOZANO CONTRERAS, op. cit., pp. 178-184; PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *reponsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 241-254, 286 y 389-390. Ambos autores explican que este debate está relacionado con el concepto de denegación de justicia. La denegación de justicia y la diligencia debida son nociones que se contraponen, porque en cuanto más amplia sea la interpretación de una de dichas nociones, más restringida será la interpretación de la otra. Además, la diligencia debida se interpreta como una obligación de medio, mientras que la denegación de justicia viene considerada, tradicionalmente, como una obligación de resultado. Ambos autores, son partidarios de la tercera posición, aunque la práctica que citan en su defensa viene interpretada de manera distorsionada, porque algunos de esos precedentes son favorables a la aplicación de la diligencia debida tanto al deber de investigación, como al deber de procesamiento y juzgamiento.

<sup>1625</sup> PISILLO MAZZESCHI, “Responsabilité de l’état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme”, cit., p. 414.



sentencia *Janes* de la CGRMEU, sobre el asesinato de un gerente norteamericano a mano de un trabajador mexicano, destaca por sus reflexiones sobre la falta de diligencia debida del Estado mexicano en la adopción de las medidas necesarias para la detención del homicida, cuestión por la que México fue condenado. Se trata de una sentencia interesante, porque la Comisión elaboró un marco teórico a fin de justificar la responsabilidad del Estado, diferenciando claramente el acto del sujeto no estatal –cuya responsabilidad debe ser tratada por el Derecho nacional– y la obligación internacional de sancionar que la cabe al Estado por no haber sancionado el homicidio. La Comisión rechazó la aplicación de la complicidad y aplicó un tipo de responsabilidad por la falta de sanción (*nonrepression*), utilizando una argumentación muy emparentada con la concepción actual de la diligencia debida<sup>1626</sup>.

También en el caso *Massey* la CGRMEU condenó al Estado mexicano por no haber sancionado al autor del homicidio de un ciudadano norteamericano. Si bien el homicida había sido detenido, pudo huir con extrema facilidad de la cárcel debido a la falta de vigilancia<sup>1627</sup>. Otra condena similar de la misma Comisión, también contra México, es la dictaminada en la sentencia *Youmans*. En ese caso la responsabilidad estatal se configuró porque muchos de los procesos substanciados a nivel interno concluyeron con sentencias absolutorias o con penas demasiado bajas en relación con la gravedad de los hechos<sup>1628</sup>.

Con relación al deber de investigación, la jurisprudencia internacional sobre los casos de violaciones a los derechos humanos de autoría no estatal ha exigido el cumplimiento de los estándares tradicionales vinculados a esta obligación, esto es, la eficacia, la rapidez y la independencia e imparcialidad<sup>1629</sup>. Por ejemplo, las sentencias del TEDH que han desarrollado la teoría de las acciones positivas han dispuesto que los Estados inicien una investigación cuando se sospeche que la muerte de una persona ha

---

<sup>1626</sup> CGRMEU, *Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 16 November 1925, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, párrs. 10-26. Cfr. BARNIDGE, “The Due Diligence Principle under International Law”, cit., pp. 93-95; PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *responsabilità internazionale degli stati*, cit., p. 228.

<sup>1627</sup> CGRMEU, *Gertrude Parker Massey (U.S.A.) vs. United Mexican States*, cit., párrs. 19-28. Vid. BARNIDGE, “The Due Diligence Principle under International Law”, cit., pp. 95-96.

<sup>1628</sup> CGRMEU, *Youmans (U.S.A.) vs. United Mexican States*, cit., párrs. 11-12. Vid. BARNIDGE, “The Due Diligence Principle under International Law”, cit., pp. 95-96.

<sup>1629</sup> Estos estándares ya han sido tratados a propósito de la investigación de una desaparición forzada, en Capítulo IV, § 3.52. Además, se volverá sobre esta cuestión cuando se analice la práctica del TEDH sobre las desapariciones forzadas de autoría indeterminada o no estatal en el § 4.1.2 del presente capítulo.

sido consecuencia del uso de la fuerza, con independencia de la calidad estatal o no estatal del autor<sup>1630</sup>.

Esos mismos precedentes también han declarado la infracción del derecho a la vida en su faceta procedimental tras constatar negligencias en la investigación desarrollada a nivel interno<sup>1631</sup>. Sin embargo, debe insistirse una vez más en una diferencia conceptual que puede generar confusiones: una cosa es la infracción material del derecho a la vida por la falta de prevención ante una ilicitud cometida por privados y otra cosa es la infracción procedimental de ese derecho por los defectos en la investigación<sup>1632</sup>. Sin perjuicio de ello, ambas obligaciones se rigen por un estándar de diligencia debida.

#### **4. LA IMPUTABILIDAD DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS COMETIDAS POR AGENTES NO ESTATALES QUE ACTÚAN SIN LA AUTORIZACIÓN, EL APOYO O LA AQUIESCENCIA DEL ESTADO**

Habiéndose explicado el estándar de diligencia debida y su importancia en la tarea de atribuir al Estado la responsabilidad por la prevención y sanción de las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes no estatales, ha llegado el momento de analizar detalladamente la práctica internacional vinculada con las desapariciones forzadas cometidas por esa clase de agentes. Se comenzará con el estudio de la jurisprudencia del TEDH, continuando luego con las sentencias de la CorteIDH y finalizando con una referencia detallada a la práctica internacional del GTDFI, del CED y del HRC.

##### **4.1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

---

<sup>1630</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Akkoç vs. Turkey*, cit. párr. 97; *Kiliç vs. Turkey*, cit., párr. 78; *Paul y Audrey Edwards vs. United Kingdom*, cit., párr. 69; *Rantsev vs. Cyprus and Russia*, cit., párr. 232.

<sup>1631</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Akkoç vs. Turkey*, cit. párrs. 95-99; *Kiliç vs. Turkey*, cit., párr. 78-83; *Paul y Audrey Edwards vs. United Kingdom*, cit., párr. 69-87; *Rantsev vs. Cyprus and Russia*, cit., párrs. 232-247.

<sup>1632</sup> Sobre el aspecto procedimental del derecho a la vida, vid. Capítulo V, § 3.2.1.

El TEDH ha aplicado la teoría de las acciones positivas en numerosos casos de desapariciones forzadas cuya autoría no pudo ser determinada por la prueba rendida en el proceso, desconociéndose, por tanto, si el autor era un sujeto estatal o no estatal. Estos casos pertenecen a dos contextos generales de violencia: el conflicto kurdo en Turquía y el conflicto checheno. A continuación, se repasarán algunas sentencias ilustrativas, separándose la explicación en dos epígrafes, uno relacionado con la obligación de prevención y el otro, con la obligación de investigación.

#### **4.1.1. La infracción del deber de prevención**

Los casos de desapariciones forzadas de autoría indeterminadas han sido resueltos por el TEDH mediante la aplicación de la teoría de las acciones positivas. Por ende, el Tribunal se ha preocupado de constatar si el Estado tenía o debía tener conocimiento del riesgo, diferenciando la situación particular de la víctima y el contexto general en que se encuadró la comisión del hecho. Asimismo, ha analizado detenidamente las medidas preventivas e investigativas adoptadas a nivel interno a fin de valorar si cumplían con el estándar de diligencia debida. Por otra parte, el TEDH ha reflexionado sobre los principales estándares de la investigación, aplicando un razonamiento propio de la diligencia debida que merece algunos comentarios.

Una sentencia de cita obligada sobre este tipo de desapariciones forzadas es *Kaya vs. Turquía*, relativa a las desapariciones de un médico y un abogado, ambos colaboradores del PKK. El TEDH no había sido capaz de identificar los autores del delito y tampoco pudo determinar si las autoridades estatales habían estado implicadas en la comisión del hecho<sup>1633</sup>. Por lo tanto, no habiéndose probado la participación de los agentes estatales, el Estado no podía ser responsabilizado por las desapariciones *per se*.

Sin embargo, aplicando el test de las acciones positivas, el Tribunal Europeo se preguntó si el Estado podía responsabilizarse por la falta de prevención<sup>1634</sup>. Así, la sentencia analizó detalladamente si el Estado tenía o debería haber tenido conocimiento de un riesgo real e inminente que afectare la vida de las víctimas y si había adoptado

---

<sup>1633</sup> TEDH, *Kaya vs. Turkey*, cit., párrs. 72-76 y 87.

<sup>1634</sup> En cambio, VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 259-260, sostiene que el TEDH aplicó un test de aquiescencia. Sin perjuicio de que el TEDH ha preferido la nomenclatura de “acciones positivas”, la argumentación utilizada en la jurisprudencia razona en términos de diligencia debida.

razonablemente todas las medidas que estaban a su alcance para evitar la comisión del hecho<sup>1635</sup>.

Para el conocimiento del riesgo, el TEDH diferenció la situación particular de la víctima y el contexto general. Respecto de la primera, constató la existencia de amenazas previas<sup>1636</sup>. En cuanto al contexto, realizó una valoración panorámica de la situación de violencia que se vivía en el lugar y época de los hechos focalizándose en la política de persecución contra el PKK, la presencia de un contundente contingente de fuerzas de seguridad, el régimen jurídico especial al que éstas estaban sometidas y el patrón de irregularidades que se reiteraba en las investigaciones sobre los delitos cometidos por las fuerzas estatales en el marco de sus acciones<sup>1637</sup>.

Asimismo, se consideraron otros antecedentes adicionales para acreditar el conocimiento del riesgo. En efecto, los secuestradores habían transportado las víctimas a lo largo de una ruta que contaba con la presencia de numerosos controles de las fuerzas de seguridad<sup>1638</sup>. Por otra parte, antes de la desaparición las fuerzas de seguridad interrogaron a un tercero de apellido Zordağ, preguntándole por las actividades de las víctimas y advirtiéndole que ellas serían objeto de un duro castigo<sup>1639</sup>. Ambas circunstancias se sumaron al resto de los antecedentes para concluir por el conocimiento del riesgo por parte del Estado.

Con relación a la razonabilidad de las medidas, la sentencia explicó que el Estado turco no adoptó ninguna política para evitar la desaparición de las víctimas, aunque no especificó las acciones que podría haber implementado<sup>1640</sup>.

En sentencias anteriores sobre desapariciones forzadas de autoría indeterminada, como *Kurt vs. Turquía*, el TEDH no se había preocupado del aspecto procedimental del derecho a la vida, ni se había referido a las medidas preventivas que podrían haberse adoptado<sup>1641</sup>. Por lo tanto, la sentencia *Kaya vs. Turquía* marca un punto de inflexión y

---

<sup>1635</sup> TEDH, *Kaya vs. Turkey*, cit., párrs. 85-86.

<sup>1636</sup> Íd., párr. 88.

<sup>1637</sup> Íd., párrs. 89-99.

<sup>1638</sup> Íd., párr. 87.

<sup>1639</sup> Íd., párr. 90.

<sup>1640</sup> Íd., párr. 100.

<sup>1641</sup> Íd., párrs. 107-109. Cfr. el mismo, *Çakici vs. Turkey*, cit., párr. 85. En doctrina, vid. ZEGVELD, op. cit., pp. 170-171.

representa un importantísimo avance, erigiéndose como un precedente referencial para la jurisprudencia posterior sobre esta clase de desapariciones.

Un último aspecto de la sentencia que merece ser destacado es la aplicación de la diligencia debida a la prohibición de la tortura. El TEDH estimó que la autoridad estatal sabía o debía saber el riesgo al que estaba sometida la víctima, no sólo a propósito del derecho a la vida, sino también del derecho a su integridad física y psíquica, con lo cual el Estado fue declarado responsable por los malos tratos sufridos por Kaya durante el cautiverio<sup>1642</sup>.

En otra sentencia similar, *Koku vs. Turkey*, en que tampoco pudo probarse la autoría estatal del hecho<sup>1643</sup>, el TEDH consideró que el Estado estaba consciente de que la vida de la víctima estaba en peligro<sup>1644</sup>. El hecho de que ésta fuese un dirigente de un partido pro kurdo representaba un riesgo evidente<sup>1645</sup>. Además, la amplia cobertura de prensa sobre el hecho permitió al Tribunal Europeo presumir que las autoridades estatales habían conocido la desaparición y no habían intentado evitar la muerte de la víctima<sup>1646</sup>. Finalmente, también en este caso la valoración del contexto fue objeto de especial consideración<sup>1647</sup>.

En otro caso, *Osmanoğlu vs. Turquía*, donde tampoco pudo determinarse la participación del Estado en la comisión de la desaparición forzada<sup>1648</sup>, el TEDH concluyó que el Estado no había sido debidamente diligente en la prevención del delito<sup>1649</sup>. La sentencia es similar a las anteriores en relación con el análisis de la situación particular de la víctima, en cuanto se probó la existencia de amenazas previas debidamente denunciadas ante la autoridad competente<sup>1650</sup>. La sentencia tampoco presentó novedades a propósito de la apreciación del contexto general<sup>1651</sup>.

Sin embargo, este precedente contiene algunas peculiaridades en la argumentación sobre la razonabilidad de las medidas. A diferencia de las sentencias

---

<sup>1642</sup> TEDH, *Kaya vs. Turkey*, cit., párrs. 115-116.

<sup>1643</sup> TEDH, *Koku vs. Turkey*, cit., párrs. 115, 120 y 125.

<sup>1644</sup> Íd., párrs. 125-128.

<sup>1645</sup> Íd., párr. 131.

<sup>1646</sup> Íd., párrs. 91, 133 y 134.

<sup>1647</sup> Íd., párr. 132.

<sup>1648</sup> TEDH, *Osmanoğlu vs. Turkey*, cit., párrs. 53, 64 y 71.

<sup>1649</sup> Íd., párrs. 70-75.

<sup>1650</sup> Íd., párrs. 23, 75 y 77.

<sup>1651</sup> Íd., párrs. 57-58 y 75-77.

anteriores, centradas en la prevención de la detención, esta sentencia se focalizó en las diligencias investigativas que la autoridad debería haber puesto en marcha después de haber sido informada de la desaparición de la víctima para evitar que fuere asesinada<sup>1652</sup>. Se trata de un cambio sustancial en el enfoque, porque esta vez el Tribunal se concentró en las diligencias investigativas practicadas con posterioridad a la denuncia de la desaparición y no en las políticas generales que el Estado debía implementar en relación con la situación estructural de violencia.

Esta nueva visión del deber de prevención motivó una opinión parcialmente disidente de los jueces TÜRMEŒ, VAJÍC y STEINER. Según estos magistrados, la pertinencia de la investigación es una cuestión procedimental que no puede ser tratada en la valoración del aspecto sustantivo del derecho a la vida. La sentencia se valió de las negligencias investigativas para fundamentar la infracción de dos deberes, la prevención y la investigación, confundiendo el aspecto sustantivo del derecho a la vida con su aspecto procedimental y utilizando un mismo hecho para declarar la infracción de obligaciones diferentes. La opinión disidente arguyó que un cambio de enfoque de esa índole representaba una nueva línea jurisprudencial que requería un pronunciamiento de la Gran Sala, atendido a las repercusiones que podría generar para casos futuros<sup>1653</sup>. En la doctrina, VERMEULEN ha defendido la necesidad de que la obligación de prevención sea valorada en el marco sustantivo del derecho a la vida, porque sólo de esa manera la jurisprudencia del TEDH podrá motivar a los Estados para que sean diligentes en su deber de evitar y sancionar la desaparición forzada de autoría no estatal<sup>1654</sup>.

Ahora bien, las sentencias que quedan por analizar pertenecen al contexto checheno y no presentan muchas diferencias con relación a la jurisprudencia que se ha venido analizando. De todas formas, puede ser ilustrativa la referencia de algún precedente que presenta hechos peculiares.

Uno de los casos más interesantes es *Medova vs. Russia*. Se refiere a la desaparición de dos personas, probablemente cometida por agentes del Servicio Federal de Seguridad, cuestión que no pudo ser probada<sup>1655</sup>. Sin embargo, se logró acreditar que

---

<sup>1652</sup> Íd., párrs. 78-84.

<sup>1653</sup> Íd., joint partly dissenting opinion of judges TÜRMEŒ, VAJÍC and STEINER, pp. 28-30.

<sup>1654</sup> VERMEULEN, "The Duty to Take Preventive Operational Measures...", cit., p. 169.

<sup>1655</sup> TEDH, *Medova vs. Russia*, application no. 25385/04, judgment, 15 de enero 2009, párrs. 88 y 95.

las víctimas y los secuestradores fueron detenidos por la policía en un puesto de control durante la práctica del secuestro y conducidos a la comisaria para su identificación, dado que los secuestradores estaban armados y se habían negado a presentar la documentación de identificación. Tras un confuso y negligente procedimiento, la policía dejó en libertad a los detenidos al cabo de algunas horas. Aplicando el test de las acciones positivas, el TEDH estimó que la autoridad estatal había desaprovechado una valiosa oportunidad para evitar la concreción del riesgo a causa de su actuación negligente y que era irrelevante la discusión sobre la legalidad o ilegalidad del procedimiento aplicado para dejar en libertad a los involucrados<sup>1656</sup>. Otro aspecto llamativo de esta sentencia estribó en la aplicación de la diligencia para valorar la infracción del derecho a la libertad personal<sup>1657</sup>.

Pasando a otro caso, la peculiaridad de los hechos del caso *Tsechoyev vs. Russia* justifica una breve referencia. La víctima se encontraba privada de libertad en un centro penitenciario bajo régimen de prisión preventiva, siendo acusada de haber participado en el secuestro de un ejecutivo de una influyente empresa petrolera. Mediante la utilización de documentación falsificada, los autores aparentaron ser policías y acudieron al centro penitenciario simulando un procedimiento de traslado del detenido. Los funcionarios del centro de detención autorizaron el traslado cumpliendo el reglamento de rutina. Al día siguiente, la víctima fue encontrada muerta. Tal como ocurre con el resto de los casos citados, no pudo determinarse la autoría estatal de los perpetradores. Aplicando el criterio de diligencia debida, el TEDH estimó que no se vulneró la obligación de prevención, porque las autoridades del centro penitenciario no pudieron tener consciencia del riesgo y porque habían aplicado el procedimiento pertinente<sup>1658</sup>.

Como última observación, VERMEULEN parece sugerir que para el TEDH existe una directa relación entre la obligación que tienen los Estados de cooperar con el Tribunal y la obligación de prevención. La autora argumenta que cuando el TEDH considera infringida la obligación de cooperación, también suele declarar la infracción

---

<sup>1656</sup> Íd., párrs. 95-100. Aparentemente, antes de dejar en libertad a víctimas y secuestradores, los policías llamaron por teléfono al fiscal de turno, quien aprobó la decisión sin que se dejare constancia escrita de este procedimiento.

<sup>1657</sup> Íd., párrs. 123-124.

<sup>1658</sup> TEDH, *Tsechoyev vs. Russia*, application no. 39358/05, judgment, 15 de marzo de 2011, párrs. 134-142.

del deber de prevención. Así ha ocurrido, por ejemplo, en las sentencias *Koku vs. Turquía y Medova vs. Rusia*. Por el contrario, en la sentencia *Tsechoyev vs. Rusia*, no se consideró infringida ni la obligación de cooperación, ni la obligación de prevención<sup>1659</sup>.

No se puede estar totalmente de acuerdo con esta opinión. La cooperación del Estado con el tribunal internacional incide en la recopilación de los medios de prueba, pero en ningún caso debe confundirse con la apreciación normativa del deber de prevención. Aunque el Estado colabore plenamente con el tribunal, si la prueba rendida en el proceso demuestra que el Estado no adoptó medidas razonables, su responsabilidad debe comprometerse. Viceversa, si el Estado no colabora, la apreciación jurídica sobre el cumplimiento del deber de prevención debe atender al resto de las pruebas aportadas en el proceso. Dicho con otras palabras, no hay una relación de causalidad entre la falta de cooperación estatal y la infracción de la obligación de prevención.

Habiéndose analizado las aportaciones del TEDH sobre la aplicación de la diligencia debida al deber de prevención, cabe hacer algunas referencias al deber de investigación.

#### **4.1.2. La infracción del deber de investigación**

El TEDH ha aplicado los principales estándares internacionales de la investigación a los casos de desapariciones forzadas de autoría no estatal que se acaban de reseñar. La aplicación de estos estándares ha tenido una importante repercusión en otro grupo de precedentes en que, pese a no considerarse vulnerada la obligación de prevención, el Estado fue condenado por la infracción del deber de investigación. Algunos ejemplos de esos casos son *Nuray Şen (No. 2)*, *Nesibe Haran*, *Tepe*, *Tahsin Acar*, *Toğcu* y *Tekdağ*, todos contra Turquía<sup>1660</sup>.

---

<sup>1659</sup> Cfr. VERMEULEN *Enforced Disappearance*, cit., p. 413; la misma, “The Duty to Take Preventive Operational Measures...”, cit., pp. 171-172.

<sup>1660</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Nuray Şen vs. Turkey (No. 2)*, application no. 25354/94, judgment, 30 de marzo de 2004, párr. 180; *Nesibe Haran vs. Turkey*, application no. 28299/95, judgment, 6 de octubre de 2005, párr. 79; *Tepe vs. Turkey*, cit., párr. 175; *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párrs. 217 y 219; *Toğcu vs. Turkey*, application no. 27601/95, judgment, 31 de mayo 2005, párr. 105; *Tekdağ vs. Turkey*, cit., párr. 77. Sobre este tipo de casos, vid. VERMEULEN, “The Duty to Take Preventive Operational Measures...”, cit., p. 165.



En esta jurisprudencia, el TEDH ha utilizado una argumentación propia de la diligencia debida, explicando que la investigación es una obligación de medio que no impone al Estado encontrar a toda costa a los responsables, sino hacer todo lo que esté a su alcance para identificarlos y detenerlos<sup>1661</sup>.

Esta jurisprudencia ha destacado la necesidad de que se inicie una investigación efectiva toda vez que se tenga noticia de la muerte de una persona que pudo ser consecuencia del uso de la fuerza. Se considera efectiva la investigación que tiene una potencialidad real de identificar a los perpetradores<sup>1662</sup>.

En la mayoría de los casos en que se declaró la infracción de este estándar investigativo, el TEDH se dedicó a identificar las deficiencias, defectos o negligencias cometidas en el curso de las indagaciones. Sobre la base de estas constataciones es posible concluir que en la investigación de toda desaparición forzada deberían realizarse las siguientes actividades investigativas: interrogar a todos los testigos que puedan aportar alguna información sobre el hecho, especialmente, los testigos oculares<sup>1663</sup>; analizar debidamente la escena del crimen<sup>1664</sup>; interrogar a todos los sospechosos y explorar todas las hipótesis posibles de investigación<sup>1665</sup>; practicar debidamente la autopsia del cadáver de la víctima<sup>1666</sup>; revisar los registros de detenidos<sup>1667</sup>; proteger la

---

<sup>1661</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Koku vs. Turkey*, cit., párr. 150; *Osmanoğlu vs. Turkey*, cit., párr. 77; *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 223; *Toğcu vs. Turkey*, cit., párr. 110; *Tsechoyev vs. Russia*, cit., párr. 150.

<sup>1662</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Kaya vs. Turquía*, cit., párrs. 102 y 108; *Koku vs. Turkey*, cit., párrs. 149-150; *Kurt vs. Turkey*, cit., párr. 124, refiriéndose al derecho a la libertad personal; *Osmanoğlu vs. Turkey*, cit., párr. 87; *Medova vs. Russia*, cit., párr. 103; *Tsechoyev vs. Russia*, cit., párr. 145; *Nesibe Haran vs. Turkey*, cit., párrs. 70 y 74; *Tepe vs. Turkey*, application no. 27244/95, judgment, 9 de mayo de 2003, párr. 176; *Nuray Şen vs. Turkey (No. 2)*, cit., párr. 174; *Toğcu vs. Turkey*, cit., párrs. 109-110 y 112; *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párrs. 220, 223 y 226; *Tekdağ vs. Turkey*, cit., párr. 78.

<sup>1663</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Kaya vs. Turquía*, cit., párr. 104; *Koku vs. Turkey*, cit., párrs. 150 y 156; *Osmanoğlu vs. Turkey*, cit., párr. 88; *Tsechoyev vs. Russia*, cit., párr. 148; *Nesibe Haran vs. Turkey*, cit., párr. 77; *Tepe vs. Turkey*, cit., párrs. 179-180; *Nuray Şen vs. Turkey (No. 2)*, cit., párr. 177; *Toğcu vs. Turkey*, cit., párr. 110; *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párrs. 228 y 232; *Tekdağ vs. Turkey*, cit., párr. 81.

<sup>1664</sup> Cfr. TEDH, *Kaya vs. Turquía*, cit., párr. 104; el mismo, *Medova vs. Russia*, cit., párr. 107; el mismo, *Tsechoyev vs. Russia*, cit., párr. 147; el mismo, *Nuray Şen vs. Turkey (No. 2)*, cit., párr. 177.

<sup>1665</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Kaya vs. Turquía*, cit., párr. 105; *Koku vs. Turkey*, cit., párr. 156; *Medova vs. Russia*, cit., párr. 106; *Tsechoyev vs. Russia*, cit., párr. 153; *Tepe vs. Turkey*, cit., párr. 179; *Nuray Şen vs. Turkey (No. 2)*, cit., párr. 177; *Tekdağ vs. Turkey*, cit., párr. 81.

<sup>1666</sup> Cfr. TEDH, *Kaya vs. Turquía*, cit., párr. 104; el mismo, *Koku vs. Turkey*, cit., párrs. 153-154; el mismo, *Tsechoyev vs. Russia*, cit., párr. 147; el mismo, *Tepe vs. Turkey*, cit., párr. 181.

<sup>1667</sup> Cfr. TEDH, *Kaya vs. Turquía*, cit., párr. 104; el mismo, *Medova vs. Russia*, cit., párr. 107; el mismo, *Nesibe Haran vs. Turkey*, cit., párr. 77; el mismo, *Tepe vs. Turkey*, cit., párr. 180; el mismo, *Toğcu vs. Turkey*, cit., párr. 117.

integridad de las pruebas<sup>1668</sup>, dejándose constancia documental de todas las diligencias realizadas y protegiéndose la cadena de custodia<sup>1669</sup>. Además, es indispensable que se ejerza un cierto escrutinio público sobre la investigación, otorgando a las víctimas el derecho de tener algún tipo de representación procesal y permitiéndoles el acceso a la información sobre el desarrollo de la investigación<sup>1670</sup>.

En relación con la rapidez, el Tribunal ha exigido que la investigación se inicie de oficio, inmediatamente después de recibirse la noticia de la desaparición. Aunque el TEDH ha mostrado comprensión ante eventuales dificultades prácticas que pueden obstaculizar o retrasar el curso de las diligencias, ha explicado que la autoridad debe mantener una actitud proactiva y reaccionar de manera expedita frente a este tipo de incidencias<sup>1671</sup>.

Asimismo, se ha destacado que el órgano investigador debe ser independiente e imparcial, es decir, no debe estar sujeto a la misma jerarquía o cadena de mando de los presuntos autores de la desaparición<sup>1672</sup>. Finalmente, es necesario que los órganos encargados de llevar a cabo la investigación actúen coordinadamente<sup>1673</sup>.

Por lo tanto, la jurisprudencia del TEDH sobre desapariciones forzadas de autoría indeterminada ha aplicado la diligencia debida en sus dos dimensiones obligacionales. Respecto de la prevención, se ha recurrido a la teoría de las acciones positivas. En cambio, en lo que se refiere a la investigación, se ha requerido la satisfacción diligente de los estándares internacionales de eficacia, rapidez, independencia e imparcialidad. Como se verá en la próxima sección, esta jurisprudencia ha ejercido una gran influencia en la CorteIDH.

---

<sup>1668</sup> Cfr. TEDH, *Tsechoyev vs. Russia*, cit., párr. 152; el mismo, *Toğcu vs. Turkey*, cit., párr. 110.

<sup>1669</sup> Cfr. TEDH, *Koku vs. Turkey*, cit., párr. 158; el mismo, *Nuray Şen vs. Turkey (No. 2)*, cit., párr. 176.

<sup>1670</sup> Cfr. TEDH, *Koku vs. Turkey*, cit., párr. 157; el mismo, *Medova vs. Russia*, cit., párr. 109; el mismo, *Tsechoyev vs. Russia*, cit., párrs. 145 y 149; el mismo, *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 225.

<sup>1671</sup> Cfr. las siguientes sentencias del TEDH: *Kaya vs. Turquía*, cit., párrs. 106-107; *Koku vs. Turkey*, cit., párr. 151; *Osmanoğlu vs. Turkey*, cit., párr. 89; *Medova vs. Russia*, cit., párrs. 103, 105 y 110; *Tsechoyev vs. Russia*, cit., párrs. 145 y 147; *Nesibe Haran vs. Turkey*, cit., párrs. 73 y 75; *Toğcu vs. Turkey*, cit., párrs. 111 y 113; *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párrs. 224, 228 y 230.

<sup>1672</sup> Cfr. TEDH, *Medova vs. Russia*, cit., párr. 103; el mismo, *Tsechoyev vs. Russia*, cit., párr. 145; el mismo, *Tahsin Acar vs. Turkey*, cit., párr. 222.

<sup>1673</sup> Cfr. TEDH, *Tepe vs. Turkey*, cit., párr. 178; el mismo, *Nuray Şen vs. Turkey (No. 2)*, cit., párr. 176; el mismo, *Tekdağ vs. Turkey*, cit., párr. 80.

## 4.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la sección sobre la aplicación del estándar de control a las desapariciones forzadas cometidas por paramilitares, se comprobó que la CorteIDH recurre a la diligencia debida como estándar predilecto para responsabilizar al Estado. En esa sección del trabajo, esa estrategia de la Corte fue criticada, porque es más adecuado aplicar el control global, dada la constatación de un intenso vínculo entre el Estado y las agrupaciones paramilitares<sup>1674</sup>. Para evitar reiteraciones innecesarias es pertinente hacer remisión a esos precedentes y a todo lo que se expuso al respecto, porque se trata de un conjunto importante de sentencias a través de las que la CorteIDH ha ido elaborando su propia teoría de la diligencia debida, aunque muy influenciada por la jurisprudencia del TEDH. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario realizar algunas aclaraciones pertinentes a los fines del presente apartado.

El contexto de aplicación de esa jurisprudencia es distinto al que está siendo estudiado en esta sección. Recuérdese que las sentencias objeto de remisión aluden a supuestos de desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. En cambio, los supuestos que se están analizando tienen que ver con agentes no estatales absolutamente independientes del Estado. Como ha sido repetido en reiteradas ocasiones, la diligencia debida es un estándar que tiene una mayor funcionalidad en la responsabilidad del Estado por su comportamiento frente a actuaciones de sujetos no estatales independientes. Sin embargo, la CorteIDH aplicó este estándar a casos de sujetos no estatales controlados por el Estado.

Ahora bien, la Corte Interamericana no ha tratado casos de desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales independientes. Pese a ello, en esta sección debe hacerse referencia, en primer lugar, a las reflexiones *obiter dicta* de la jurisprudencia del Tribunal Interamericano sobre los deberes del Estado frente a todas las desapariciones forzadas, con independencia del autor. En segundo lugar, debe analizarse la sentencia *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, debido a su funcionalidad de cara a las desapariciones de autoría no estatal.

---

<sup>1674</sup> Vid. § 2.2.1. del Capítulo VII.

#### 4.2.1. Las remisiones *obiter dicta* a la diligencia debida en la jurisprudencia sobre desapariciones forzadas

Desde su primera sentencia, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la CorteIDH se ha referido *obiter dicta* a la diligencia debida para explicar que los Estados deben desempeñar un conjunto de deberes ante toda clase de desaparición forzada, incluyendo las de autoría no estatal <sup>1675</sup>.

Como punto de partida, la CorteIDH ha asumido que el Estado no sólo puede tener responsabilidad internacional por los hechos internacionalmente ilícitos de sus agentes, sino también ante la comisión de ilicitudes de particulares. Según la sentencia *Velásquez Rodríguez*, “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”<sup>1676</sup>. Por ende, aun en el evento de que no se hubiere demostrado la autoría estatal de la desaparición, “la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar, lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a *Manfredo Velásquez* el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos”<sup>1677</sup>.

Esta sentencia abordó la dimensión preventiva de la diligencia debida<sup>1678</sup>. Para la Corte existe una clara conexión entre la obligación de prevención y las obligaciones generales de respeto y garantía, ya que “[l]o decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos

---

<sup>1675</sup> De la misma opinión, MARKS/AZIZI, op. cit., p. 729. En cambio, RIVIER, op. cit., p. 746, considera que se ha aplicado la omisión.

<sup>1676</sup> CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 172.

<sup>1677</sup> Íd., párr. 182.

<sup>1678</sup> Íd., párr. 174.

*resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención*”<sup>1679</sup>.

Agrega la Corte que “[e]l deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”<sup>1680</sup>.

Asimismo, la dimensión investigativa de la diligencia también fue objeto de una referencia en este fallo, cuando se sostiene que los Estados tienen el deber de “investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”<sup>1681</sup>.

Al describir el contenido jurídico de la obligación de investigar, la Corte utilizó un lenguaje claramente emparentado con el estándar de diligencia debida, arguyendo que “[e]n 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”<sup>1682</sup>.

La Corte no muestra ninguna duda sobre la obligatoriedad de este deber, incluso ante supuestos de comisión atribuibles a autores no estatales, afirmando que “[e]l

---

<sup>1679</sup> Íd., párr. 173.

<sup>1680</sup> Íd., párr. 175. También a propósito de la prohibición de la tortura, la sentencia exige una “prevención razonable” en el párr. 187.

<sup>1681</sup> Íd., párr. 174.

<sup>1682</sup> Íd., párr. 177.

*Estado está [...] obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención [...]. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente*<sup>1683</sup>, agregando que se trata de una obligación que procede “*cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado*”<sup>1684</sup>.

Recapitulando, resulta significativo que desde su primera sentencia la Corte haya clarificado que la obligatoriedad de la prevención e investigación de las desapariciones forzadas no viene alterada por la calidad del autor. También es destacable que la Corte haya empleado la diligencia debida para explicar cómo debe darse cumplimiento a esos deberes. Esta argumentación es muy relevante por la influencia ejercida en sentencias posteriores sobre desapariciones<sup>1685</sup>.

Ahora bien, cabe preguntarse si la Corte ha aplicado estos estándares a un caso específico de desapariciones de autoría no estatal, pregunta que se intentará contestar a continuación, mediante el estudio del caso sobre el *Campo Algodonero*.

#### **4.2.2. La sentencia *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México: ¿un caso de desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales?***

La sentencia *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* resolvió la desaparición y muerte de tres mujeres ocurrida en Ciudad Juárez. El caso es importante, porque la CorteIDH reflexionó por primera vez sobre los homicidios de mujeres por razones de género, también conocidos como feminicidios<sup>1686</sup>.

---

<sup>1683</sup> Íd., párr. 176.

<sup>1684</sup> Íd., párr. 177.

<sup>1685</sup> Sólo a modo de ejemplo, cfr. CorteIDH, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Fondo, cit., párr. 56; la misma, *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, cit., párr. 152; la misma, *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párrs. 175-192; la misma, “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 174.

<sup>1686</sup> Para una reseña de la jurisprudencia de la CorteIDH sobre los derechos de la mujer, vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Violación de derechos de mujeres y violencia de género en la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos”, en *Feminicidio*, cit., pp. 230-235. Sin embargo, el grueso de dichas sentencias no emplea una argumentación con perspectiva de género.

La prueba recabada en el proceso demostró la existencia de un patrón sistemático y generalizado de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez, que comenzó a desarrollarse a partir de 1993, afectando un cuantioso número de víctimas<sup>1687</sup>. Las causas que generaron esta situación de violencia fueron varias y diversas, entre otras, la presencia de poderosas organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico, la trata de blancas y el tráfico ilegal de migrantes y armas<sup>1688</sup>. Otro factor vinculado con la violencia fue la modificación de los roles familiares que se experimentó en la ciudad a consecuencia de la creciente inserción laboral de las mujeres en las industrias maquiladoras, situación enfrentada con las visiones estereotipadas de la idiosincrasia patriarcal local<sup>1689</sup>.

En general, los hechos de violencia poseían características similares. Las víctimas eran mujeres jóvenes, pobres, estudiantes o empleadas en las fábricas maquiladoras<sup>1690</sup>. La modalidad de ejecución consistía en la privación de libertad de la víctima, su posterior tortura, la práctica de alguna clase de delito sexual, su asesinato y el abandono del cadáver en una zona despoblada<sup>1691</sup>.

El estudio de la sentencia sobre el *Campo Algodonero* en este capítulo se justifica por dos razones. Primero, porque en el proceso ante la CorteIDH no fue posible acreditar la participación estatal en los delitos<sup>1692</sup>. Segundo, porque los hechos delictuales tratados por la sentencia podrían constituir desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales o, al menos, asimilarse a éstas. En realidad, la sentencia casi no utilizó la noción de “secuestro”, empleando reiteradamente el término “desapariciones”, aunque sin hacer referencia a la expresión “desaparición forzada”. Si bien la Corte no explicó por qué empleó esta terminología, cabe sospechar que su uso

---

<sup>1687</sup> La CorteIDH concluyó que la prueba era insuficiente para acreditar una cifra exacta de víctimas, aunque estimó que en el decenio 1993-2003 se había afectado entre 260 y 360 mujeres. Vid. CorteIDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párrs. 114-121. Sobre los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez vid. el excelente documental *Bajo Juárez: La ciudad devorando a sus hijas* [En línea]. Director: Alejandra SÁNCHEZ. Producción: Foprocine et al. *Youtube*, 2007. Disponible en <<http://www.youtube.com/watch?v=GZycaImHW-c>> [Consulta: 24 de julio de 2014].

<sup>1688</sup> CorteIDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párr. 113. Sobre los factores de violencia en Ciudad Juárez, es sugerente el documental *Ciudad Juárez, la más violenta de México* [En línea]. RTVE, Informe Semanal, 19 de diciembre de 2009. Disponible en <<http://www.rtve.es/alacarta/videos/informe-semanal/informe-semanal-ciudad-juarez-mas-violenta-mexico/653274/>>. [Consulta: 16 de febrero de 2014].

<sup>1689</sup> CorteIDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párr. 129.

<sup>1690</sup> Íd., párrs. 122-123.

<sup>1691</sup> Íd., párrs. 124-136.

<sup>1692</sup> Íd., párr. 242.

no pudo ser ni casual, ni absolutamente desconectado del fenómeno de la desaparición forzada<sup>1693</sup>.

Ahora bien, es importante destacar que la sentencia aplicó la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, también conocida como *Convención de Belem do Pará*<sup>1694</sup>. La CorteIDH se declaró competente respecto del artículo 7 de este tratado, que en la letra b) impone al Estado “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”, es decir, un deber de diligencia específico<sup>1695</sup>.

---

<sup>1693</sup> Sostiene una opinión similar VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 422-424. En las 167 páginas de la sentencia, incluyendo los votos concurrentes, los términos “desapariciones” o “desaparición” vienen empleados en 144 ocasiones, mientras que las palabras “secuestro” o “secuestros”, sólo vienen usadas en 5 oportunidades.

<sup>1694</sup> *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convencion de Belem do Pará"*, adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 6 de septiembre de 1994, entrada en vigor el 3 de mayo de 1995.

<sup>1695</sup> La versión integral del art. 7 de la *Convención de Belem do Pará* es la siguiente: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”.

El análisis de la competencia de la CorteIDH para la aplicación de la *Convención de Belem do Pará* fue abordado en *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párrs. 31-80. Para algunos comentarios sobre esta sección de la sentencia, cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. “La protección de la mujer en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: el caso Campo Algodonero”, en *Feminicidio*, cit., pp. 307-310; GARCÍA RAMÍREZ, op. cit., pp. 237-238; VILLANUEVA FLORES, Rocío. “Feminicidio y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Feminicidio*, cit., pp. 257-258.

La *Convención de Belem do Pará* había sido aplicada anteriormente por la ComisiónIDH, en el caso *Maria Da Penha Maia Fernandes*, Informe N° 54/01, caso 12.051, 16 de abril de 2001, párrs. 27-28. Para un comentario del caso, vid. GONZÁLEZ MORALES, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente a la violencia contra la mujer y el feminicidio”, en *Feminicidio*, cit., pp. 247-248. También fue aplicada por la CorteIDH en el caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 292.



La sentencia dedicó una breve referencia a la noción de feminicidio. Aunque no otorgó una definición de este delito, aclaró que se trata de un homicidio de una mujer por razones de género. Sin embargo, concluyó que la prueba del expediente era insuficiente para saber si todos los homicidios de mujeres ocurridos en Ciudad Juárez habían sido cometidos por razones de género<sup>1696</sup>. Según VILLANUEVA FLORES, esta timidez de la Corte podría explicarse por la falta de consenso sobre la noción del feminicidio en el continente latinoamericano<sup>1697</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia concluyó que los actos de violencia ejercidos contra las tres víctimas configuraban hechos de violencia contra la mujer, definidos por el artículo 1 de la *Convención de Belem do Pará* como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”<sup>1698</sup>.

Habiéndose expuesto los aspectos preliminares de la sentencia, es necesario abordar el análisis de la aplicación de la diligencia debida. Influenciada por la jurisprudencia del TEDH, la CorteIDH aplicó el paradigma de las acciones positivas, tal como había hecho en sentencias anteriores<sup>1699</sup>. De esa manera, se preguntó si el Estado mexicano estaba en conocimiento de un riesgo real e inmediato que podía afectar a las víctimas y si adoptó todas las medidas razonables para evitar su materialización.

Una primera cuestión que merece ser destacada es que la sentencia aplicó este paradigma no sólo respecto del derecho a la vida, sino también a la prohibición de la tortura y el derecho a la libertad personal<sup>1700</sup>.

Ahora bien, la Corte sostuvo que “*en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención*

---

<sup>1696</sup> CorteIDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párrs. 137-145.

<sup>1697</sup> VILLANUEVA FLORES, op. cit., pp. 260-261. Cfr. las críticas de JIMÉNEZ GARCÍA, “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida”, cit., pp. 45-46. Sobre la noción de feminicidio como crimen internacional, vid. MARIÑO MENÉNDEZ, “Una reflexión sobre la posible configuración del crimen internacional de feminicidio”, cit., pp. 109-122, mostrándose favorable a su tipificación internacional por medio de la vía convencional y advirtiendo que la consideración de este ilícito como crimen internacional requiere la comprobación de su carácter sistemático o generalizado.

<sup>1698</sup> CorteIDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párrs. 222-231.

<sup>1699</sup> Cfr. ABRAMOVICH, op. cit., p. 168; JIMÉNEZ GARCÍA, “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida”, cit., p. 47; VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 425.

<sup>1700</sup> CorteIDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párrs. 245-247.

*Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará*<sup>1701</sup>. Sin embargo, no aclaró qué se entiende por “obligación reforzada”. En el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México* se puntualizó que ante la violencia contra las mujeres, las obligaciones genéricas de la CADH se complementan con las obligaciones de la *Convención de Belem do Pará*. Por lo tanto, esta obligación reforzada deriva de las disposiciones específicas de este último tratado y se aplica a los deberes de prevención e investigación<sup>1702</sup>.

La doctrina ha puntualizado que esta mayor exigencia obliga a contextualizar el cumplimiento de estos deberes en razón de la vulnerabilidad de las mujeres<sup>1703</sup>. Parece ser que la justificación de este reforzamiento arranca de la necesidad de una protección específica requerida por las peculiaridades de un determinado derecho. Según ABRAMOVICH, el reforzamiento del deber de diligencia reduce los márgenes del Estado para alegar en su defensa el desconocimiento del riesgo o la razonabilidad de las medidas adoptadas<sup>1704</sup>. Asimismo, el deber de diligencia reforzado obliga a los Estados a satisfacer las obligaciones de prevención, investigación y sanción con una perspectiva de género<sup>1705</sup>.

Ahora bien, para valorar el cumplimiento de la obligación de prevención, la sentencia distinguió dos períodos cronológicos. El primero se refería a la época anterior

---

<sup>1701</sup> *Íd.*, párr. 258.

<sup>1702</sup> CorteIDH. *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 177.

<sup>1703</sup> Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida”, cit., p. 47; MARINO MENÉNDEZ, “Una reflexión sobre la posible configuración del crimen internacional de feminicidio”, cit., pp. 116-118; VILLANUEVA FLORES, op. cit., p. 265.

Desde un punto de vista histórico, algunos laudos arbitrales sobre la protección de los extranjeros y sus bienes consideraban que la tutela de los representantes oficiales de Estados extranjeros requería la adopción de un mayor grado de diligencia. Probablemente, el origen de este concepto de diligencia reforzada debe ser buscado en esa jurisprudencia. Por ejemplo, cfr. CGRMEU. *Francisco Mallén (United Mexican States) vs. United States of America*, 27 de abril de 1927, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 175; la misma, *William E. Chapman (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 24 October 1930, vol. V, p. 638. Sobre esta jurisprudencia, cfr. PISILLO MAZZESCHI, “*Due Diligence*” e *reponsabilità internazionale degli stati*, cit., pp. 235, 265-267 y 399; LOZANO CONTRERAS, op. cit., p. 207.

<sup>1704</sup> ABRAMOVICH, op. cit., pp. 177-178 y 182.

<sup>1705</sup> Cabe preguntarse si la Corte podría aplicar este estándar reforzado respecto de otros grupos vulnerables, exigiendo a los Estados adaptar el cumplimiento de las obligaciones a la especialidad de cada situación. Quizás esta interpretación extensiva requiera un tratado específico que imponga un deber especial de diligencia. Se trata de una pregunta a la que probablemente se dará respuesta en futuras sentencias del Tribunal Interamericano.

a la comisión de las desapariciones, mientras que el segundo se extendía desde la desaparición hasta el hallazgo de los cuerpos<sup>1706</sup>.

En cuanto al primer período, la Corte concluyó que el Estado mexicano no pudo haber tenido conocimiento del riesgo concreto que afectaba a las víctimas. Aunque numerosos informes de entidades nacionales e internacionales que documentaban la situación de violencia en Ciudad Juárez habían sido comunicados al Estado mexicano, *“no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso. Aunque el contexto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes, no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas. Finalmente, la Corte no puede sino hacer presente que la ausencia de una política general [...] es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención”*<sup>1707</sup>. Por lo tanto, se concluye que respecto de las víctimas del caso no hubo un incumplimiento del deber de prevenir, porque el Estado no estaba en conocimiento del riesgo.

Por el contrario, respecto del segundo período, la Corte exigió el cumplimiento de un deber de diligencia estricto, concluyendo que la presentación de las denuncias de las desapariciones había permitido al Estado adquirir el conocimiento del riesgo que afectaba a las víctimas. Por ende, el Estado debería haber adoptado rápidamente un conjunto de medidas destinadas a encontrar a las víctimas con vida<sup>1708</sup>.

La Corte, sin embargo, no especificó qué entendía por diligencia estricta y tampoco aclaró si esa noción tiene alguna relación con el estándar reforzado de la diligencia al que se hizo referencia. Según FAÚNDEZ LEDESMA y ABRAMOVICH, la situación estructural de violencia del caso demandaba ciertos alcances adicionales en la investigación y actividades exhaustivas de búsquedas que fueran coherentes con la especialidad del contexto<sup>1709</sup>. Por su parte, GARCÍA RAMÍREZ ha destacado que la investigación sobre casos de violencia contra las mujeres suele presentar irregularidades

---

<sup>1706</sup> CorteIDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párr. 281.

<sup>1707</sup> Íd., párr. 282

<sup>1708</sup> Íd., párrs. 283-286 y 293.

<sup>1709</sup> Cfr. ABRAMOVICH, op. cit., pp. 179-180; FAÚNDEZ LEDESMA, op. cit., pp. 314 y 316.

comunes relacionadas con el género de las víctimas<sup>1710</sup>. Finalmente, VILLANUEVA FLORES aduce que la finalidad de esta mayor exigencia estriba en fortalecer la condena social de la violencia contra las mujeres y la confianza en la autoridad que debe preocuparse de su protección<sup>1711</sup>.

Pese a tan estrictas exigencias, la prueba rendida en el proceso demostró un sorprendente grado de inoperancia, inacción y negligencia de las autoridades mexicanas en el curso de las diligencias investigativas. La investigación no fue inmediata, ya que las autoridades esperaron setenta y dos horas antes de comenzar la búsqueda<sup>1712</sup>. La escena del crimen no fue debidamente inspeccionada<sup>1713</sup>. Las autopsias omitieron importantes procedimientos y se practicaron con absoluta falta de diligencia<sup>1714</sup>. Hubo errores en la identificación de los cuerpos, que además fueron entregados a los familiares antes de que se constatará adecuadamente su identidad<sup>1715</sup>. En cuanto a la identificación de los responsables, los antecedentes indicaron que se procedió a la creación de falsos culpables mediante la obtención de confesiones por medio de la tortura, todo ello con la complicidad de las autoridades judiciales competentes<sup>1716</sup>. Como si todo lo anterior no fuere suficiente, las autoridades encargadas de la investigación mostraron una actitud discriminatoria respecto de los familiares de la víctimas, formulando comentarios y preguntas que manifestaron una visión estereotipada sobre las preferencias sexuales de las jóvenes desaparecidas y que configuraron una clara infracción al principio de no discriminación y al derecho de acceso a la justicia<sup>1717</sup>. El conjunto de todas estas irregularidades demostró, con meridiana claridad, el incumplimiento de los estándares internacionales que demandan un acatamiento diligente del deber de investigar.

Pues bien, esta sentencia aplicó claramente el estándar de diligencia para valorar el cumplimiento de las obligaciones de prevención e investigación. Quizás esta sea la

---

<sup>1710</sup> GARCÍA RAMÍREZ, op. cit., p. 239.

<sup>1711</sup> VILLANUEVA FLORES, op. cit., p. 269, basándose en lo expuesto en CorteIDH, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, cit., párr. 293. En efecto, ese párrafo hace referencia a la sentencia del TEDH, *Angelova and Iliev vs. Bulgaria*, application no. 55523/00, judgment, 26 de julio de 2007, párr. 98, un caso sobre violencia por motivos de raza, en que se expuso la necesidad de obligaciones investigativas más exigentes para reafirmar la condena social del racismo.

<sup>1712</sup> CorteIDH, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, cit., párrs. 169-181.

<sup>1713</sup> *Íd.*, párrs. 298-307.

<sup>1714</sup> *Íd.*, párrs. 218 y 308-312.

<sup>1715</sup> *Íd.*, párrs. 313-332.

<sup>1716</sup> *Íd.*, párrs. 334-346.

<sup>1717</sup> *Íd.*, párrs. 151-154, 196-208 y 390-402.

primera resolución de la CorteIDH sobre un caso de desaparición forzada de autoría no estatal, aunque es verdad que este punto no fue tratado explícitamente. Es probable que los desarrollos jurisprudenciales venideros arrojen más claridad sobre la cuestión. Hasta el momento, es posible concluir que para la CorteIDH las obligaciones de prevención e investigación son aplicables a casos de desapariciones con independencia de la calidad estatal o no estatal del autor. Sin embargo, en ningún caso se ha aceptado expresamente la posibilidad de que la desaparición pueda ser cometida por agentes no estatales. En lo que sigue, se analizará cómo han sido tratadas las desapariciones de autoría no estatal por los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas.

#### **4.3. La práctica del Grupo de Trabajo contra Desapariciones Forzadas e Involuntarias**

El GTDFI ha tratado el tema de los agentes no estatales con mucha cautela, sosteniendo la tesis tradicional de que la desaparición forzada es un delito esencialmente estatal, aunque en algunos informes ha matizado esta posición.

El Folleto Informativo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, elaborado por la ACNUDH, indica que este crimen es un fenómeno recurrente en los conflictos armados internos<sup>1718</sup>. Sin embargo, al explicar la competencia del GTDFI, señala que este órgano no puede ocuparse de las desapariciones cometidas en un conflicto armado, porque la entidad competente para ello es el CICR<sup>1719</sup>. Asimismo, recalca que el Grupo de Trabajo no es competente para hacerse cargo de “[l]as desapariciones perpetradas por agentes no estatales (por ejemplo, grupos rebeldes)”<sup>1720</sup>. Si bien el Folleto no constituye un documento jurídicamente vinculante, configura un primer indicio para ilustrar la posición de Grupo de Trabajo sobre la autoría no estatal de la desaparición forzada.

Ahora bien, todas las versiones de los Métodos de Trabajo del GTDFI han circunscrito la competencia de este órgano a las desapariciones forzadas cometidas por agentes estatales. Si bien los Métodos de Trabajo vienen elaborados por el mismo

---

<sup>1718</sup> ACNUDH. *Desapariciones forzadas o involuntarias*. Folleto Informativo n° 6/Rev. 3. Ginebra: Naciones Unidas, 2009, p. 2.

<sup>1719</sup> *Íd.*, p. 14.

<sup>1720</sup> *Íd.*, pp. 29-30.

Grupo, su contenido se sujeta estrictamente al mandato que le ha sido conferido. Por ende, los Métodos de Trabajos representan una suerte de interpretación auténtica del mandato a propósito de la competencia del Grupo.

En la última versión de los Métodos de Trabajo, aprobados el 11 de noviembre de 2011, se aclaró sucintamente que “[e]l Grupo de Trabajo actúa sobre la base de que, de conformidad con la definición que figura en el preámbulo de la Declaración, a los efectos de su trabajo, las desapariciones forzadas únicamente se consideran como tales cuando los autores que las cometen son agentes gubernamentales, particulares o grupos organizados (por ejemplo, grupos paramilitares) que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su aquiescencia. Teniendo en cuenta lo anterior, el Grupo de Trabajo no admite los casos que se atribuyen a personas o grupos que no actúan en nombre del gobierno, o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su aquiescencia, como los movimientos terroristas o insurgentes que combaten al gobierno en su propio territorio”<sup>1721</sup>. Esta misma posición ha sido mantenida en todas las versiones anteriores de los Métodos de Trabajo<sup>1722</sup>.

---

<sup>1721</sup> GTDFI. *Revised methods of work of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, aprobados el 11 de noviembre de 2011, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/19/58/Rev.1 (2 de marzo de 2012), pp. 140-146, párr. 6: “*The Working Group operates for purposes of its work on the basis that, in accordance with the definition contained in the Preamble of the Declaration, enforced disappearances are only considered as such when the act in question is perpetrated by State actors or by private individuals or organized groups (e.g. paramilitary groups) acting on behalf of, or with the support, direct or indirect, consent or acquiescence of the Government. Based on the above, the Working Group does not admit cases when they are attributed to persons or groups not acting on behalf of, or with the support, direct or indirect, consent or acquiescence of the Government, such as terrorist or insurgent movements fighting the Government in its own territory*”.

<sup>1722</sup> Cfr. las siguientes versiones de los Métodos de Trabajo del GTDFI: *Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, aprobados el 14 de noviembre de 2009, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), pp. 122-128, párr. 6; *Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, aprobados el 4 de diciembre de 2008, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/10/9 (25 de febrero de 2009), pp. 100-106, epígrafe “Autores”; *Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo*, aprobados el 30 de noviembre de 2007, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008), pp. 97-103, párr. 11; *Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo*, aprobados el 14 de noviembre de 2001, en CDH.

Por otra parte, en un informe conjunto sobre las detenciones secretas en el marco de la lucha contra el terrorismo y en cuya preparación participó el GTDFI, se excluyó del ámbito de investigación a las detenciones cometidas por la criminalidad organizada y por actores no estatales, “cuando no sean imputables al Estado”, con lo cual “la toma de rehenes, el secuestro o actos comparables realizados por terroristas, criminales, rebeldes, insurgentes, fuerzas paramilitares u otros actores no estatales no quedan comprendidos en el ámbito del informe, que se centra en la detención secreta que efectúe un Estado o le sea imputable y está dirigido al Consejo de Derechos Humanos en su calidad de órgano intergubernamental”<sup>1723</sup>.

El GTDFI también ha manifestado que la definición de la desaparición forzada no admite la autoría no estatal y que las tipificaciones penales internas deben respetar la definición internacional de la Declaración. El *Comentario general sobre la definición de desaparición forzada* ha señalado que el Grupo de Trabajo no admite esos casos de desapariciones forzadas, porque “debe respetar estrictamente la definición que figura en la Declaración”<sup>1724</sup>.

Algunos informes sobre visitas *in situ* han criticado las tipificaciones penales internas que incluyen sujetos no estatales entre los autores, por ejemplo, la tipificación colombiana, que se refiere a los grupos armados al margen de la ley y la tipificación guatemalteca, que se remite a los grupos organizados con fines terroristas, insurgentes, subversivos u otros fines delictivos, que actúen sin el apoyo, el consentimiento ni la aprobación del Estado. El Grupo de Trabajo argumentó que los Estados debían ajustarse a la definición plasmada en la Declaración, que concibe la desaparición como un delito de Estado y agregó que era improcedente equiparar la desaparición con el secuestro<sup>1725</sup>.

---

*Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias.* Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. E/CN.4/2002/79 (18 de enero de 2002), pp. 68-74, párr. 6.

<sup>1723</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Estudio conjunto preparado por el Sr. Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, el Sr. Manfred Nowak, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, representado por su Vicepresidente, el Sr. Shaheen Sardar Ali; y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, representado por su Presidente, el Sr. Jeremy Sarkin.* A/HRC/13/42 (19 de febrero de 2010), párr. 15.

<sup>1724</sup> Cfr. GTDFI, *Comentario general sobre la definición de desaparición forzada*, cit., párr. 4.

<sup>1725</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias.* Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a

Sin embargo, es muy llamativo el hecho de que en los informes sobre Colombia y Guatemala, también se haya hecho referencia a la existencia de nuevas tendencias que predicen la incorporación de los agentes no estatales como autores de violaciones a los derechos humanos, con el fin de favorecer la protección de las víctimas. En esos mismos informes, se sostuvo que los secuestros y desapariciones son actos reprobables, indistintamente de sus perpetradores<sup>1726</sup>. Argumentar que estos apuntes representan una voluntad del Grupo de abrirse hacia la inclusión de agentes no estatales, sería una conclusión especulativa. Sin embargo, las advertencias contenidas en ambos informes no pueden ser fruto de la casualidad, especialmente, si se considera que fueron planteadas a propósito de los conflictos colombianos y guatemalteco, dos contextos de violencia en que los agentes no estatales han sido protagonistas de graves violaciones a los derechos humanos.

En concordancia con lo anterior, en otros informes el GTDFI se ha referido descriptivamente a contextos de desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales<sup>1727</sup>. Incluso, en ocasiones el Grupo de Trabajo ha asumido una actitud más crítica, condenando la práctica de desapariciones con independencia de la calidad del perpetrador, explicando que “[e]n el contexto de los conflictos armados internos, algunas fuerzas rivales habrían sido responsables de desapariciones forzadas. Aunque su mandato se limita a las violaciones cometidas por agentes del Estado o agentes no

---

Colombia, 5 a 13 de julio de 2005. E/CN.4/2006/56/Add.1 (17 de enero de 2006), párrs. 46-49; la misma, *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos"*. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a Guatemala. A/HRC/4/41/Add.1 (20 de febrero de 2007), párrs. 28-32, 97 y 99.

<sup>1726</sup> Cfr. CDH, *Los derechos civiles y políticos...*, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, cit. párrs. 48-49; CDH, *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General...*, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Misión a Guatemala, A/HRC/4/41/Add.1, cit., párr. 32.

<sup>1727</sup> Cfr. CDH, *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment question of enforced or involuntary disappearances*. Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. E/CN.4/1996/38 (15 de enero de 1996), párr. 180, mostrando preocupación por la participación de grupos armados en violaciones de derechos humanos en El Salvador; CDH, *Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias*. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Presentado de conformidad con la resolución 2002/41 de la Comisión. E/CN.4/2003/70 (21 de enero de 2003), párr. 52, dando cuenta de la preocupación de algunas ONGs por las desapariciones forzadas ocurridas en Burundi y atribuibles al grupo rebelde de oposición denominado Fuerzas Nacionales de Liberación (*Forces nationales pour la libération*).



*estatales que actúan con la connivencia del Estado, el Grupo de Trabajo condena la práctica de las desapariciones, sin tener en cuenta quien sea el autor*<sup>1728</sup>.

Ahora bien, una excepción a la postura tradicional del GTDFI sobre los agentes no estatales es el informe sobre la *Misión a Nepal*. En este documento se da cuenta de patrones sistemáticos de desapariciones forzadas cometidas no sólo por las agencias gubernamentales, sino también por los insurgentes maoístas. Si bien el Grupo de Trabajo recordó las limitantes de su mandato, aclaró también que estaba consciente de las violaciones en que incurrieron los insurgentes y subrayó la necesidad de que éstos respetasen los estándares del Derecho internacional humanitario<sup>1729</sup>.

Un último antecedente interesante es el informe sobre la visita a México, realizada en el año 2011. El Grupo de Trabajo se limitó señalar que “[u]n elevado número de secuestros y delitos con similitudes a las desapariciones forzadas son cometidos por grupos del crimen organizado. Sin embargo, no todas las personas desaparecidas habrían sido secuestradas por grupos del crimen organizado actuando de forma independiente; por el contrario, la participación del Estado en las desapariciones forzadas también está presente en el país”<sup>1730</sup>.

Sin embargo, en el epígrafe destinado al análisis de los grupos vulnerables, el informe se refirió detalladamente a las mujeres, los migrantes, los defensores de derechos humanos y periodistas<sup>1731</sup>. Aunque no existen cifras fidedignas sobre la autoría

---

<sup>1728</sup> CDH. *Los derechos civiles y políticos...*, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/2006/56, cit., párr. 8. En cuanto a las desapariciones de autoría no estatal cometidas en Nepal, Colombia y Uganda, una idea similar se expresó en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General...*, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/4/41, cit., párr. 18.

<sup>1729</sup> CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a Nepal. 6 a 14 de diciembre de 2004. E/CN.4/2005/65/Add.1 (28 de enero de 2005), párrs. 4, 25, 29-31 y 56. Cfr. CDH. *Los derechos civiles y políticos...*, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/2006/56, cit., párr. 386; UPRETY, Kishor. “Against Enforced Disappearance: the Political Detainees’ Case before the Nepal Supreme Court”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, Issue 2, July 2008, pp. 429-457; CICR, *Families of Missing Persons in Nepal*, cit., pp. I y 1-4. Para el detalle de las violaciones de derechos humanos atribuidas al Partido Comunista de Nepal (Maoísta), vid. ACNUDH. *Human Rights Abuses by the CPN-M*. Summary of Concerns. September 2006 [En línea]. *Internal Displacement Monitoring Centre*. Disponible en <<http://www.refworld.org/pdfid/477e3f130.pdf>>. [Consulta: 16 de mayo de 2014].

<sup>1730</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Adición. Misión a México. A/HRC/19/58/Add.2 (20 de diciembre de 2012), párrs. 17.

<sup>1731</sup> *Íd.*, párrs. 66-72.

de las desapariciones forzadas o secuestros de que son víctimas las personas pertenecientes a esos grupos vulnerables, se sospecha que un porcentaje importante de esos delitos vienen perpetrados por organizaciones criminales. Aunque el Grupo de Trabajo, fiel a su estilo, se mantuvo cauto en valorar hechos de sujetos no estatales, por otro lado dedicó una parte importante del informe a grupos vulnerables cuyos derechos son afectados por el accionar de sujetos no estatales.

#### **4.4. La práctica del Comité contra las Desapariciones Forzadas**

En relación con el Comité contra las Desapariciones Forzadas, aún no existe ningún documento que se haya referido explícitamente a las desapariciones cometidas por los agentes no estatales como eventuales autores de desapariciones forzadas. Como ya ha sido advertido en este trabajo, la Convención hace referencia a esa clase de desapariciones en el artículo 3, una disposición muy ambigua que ha dejado muchas cuestiones irresueltas.

Habrà que esperar la evolución de la práctica del Comité para saber qué posición adoptará frente al problema. Es indispensable que el Comité se manifieste con claridad sobre el asunto y quizás la mejor manera de hacerlo sería la emisión de una observación o comentario general. Las cuestiones que deben ser objeto de aclaración giran alrededor de dos ejes centrales, que tienen que ver con las obligaciones de los Estados frente a desapariciones de autoría no estatal y con las facultades del Comité sobre ese tipo de desapariciones.

#### **4.5. La práctica del Comité de Derechos Humanos**

El HRC no ha abordado con exhaustividad el problema de las desapariciones forzadas de autoría no estatal, aunque hay algunas fuentes que merecen ser mencionadas. En su *Observación General n° 6* sobre el derecho a la vida, señaló que “[l]os Estados Partes deben también tomar medidas concretas y eficaces para evitar la desaparición de individuos, algo que desgraciadamente se ha hecho demasiado frecuente y desemboca demasiadas veces en una privación arbitraria de la vida. Más aún, 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*<sup>1732</sup>. Es posible interpretar que el Comité exige a los Estados cumplir diligentemente con los deberes de prevenir e investigar todas las desapariciones forzadas. Aunque no mencione expresamente las desapariciones de autoría no estatal, tampoco las excluye, con lo cual puede inferirse que se está refiriendo a la desaparición con independencia de la calidad de su autor.

De hecho, varios casos de desapariciones forzadas en que no pudo determinarse si el autor era un agente estatal o no estatal, citan la Observación General sobre el derecho a la vida para argumentar que el Estado debe cumplir con las obligaciones de prevención e investigación<sup>1733</sup>.

## CONCLUSIONES PRELIMINARES

En base a todo lo expuesto en esta sección del trabajo es posible extraer las siguientes conclusiones.

### **1. Los agentes no estatales pueden incurrir en violaciones a los derechos humanos.**

La proliferación de los agentes no estatales en las relaciones internacionales exige que el Derecho internacional se haga cargo de regular su actuación, especialmente, cuando se traduce en afectaciones a los derechos fundamentales. A pesar de que la temática de los agentes no estatales es importante para varias ramas del Derecho internacional, su conceptualización aún está en desarrollo y en el presente es altamente indeterminada. En la práctica solamente existen definiciones sectoriales, dedicadas a la resolución de problemas específicos. La doctrina, por su parte, ha ensayado algunas definiciones generales. Quizás se trata de un concepto que no puede

---

<sup>1732</sup> HRC, *Observación General N° 6*. Artículo 6-Derecho a la vida, cit., párr. 4.

<sup>1733</sup> HRC. *Arévalo Pérez vs. Colombia*, cit., párr. 10; *Herrera Rubio vs. Colombia*, comunicación n° 161/1983, 2 de noviembre de 1987, párr. 10.3; *Laureano Atachahua vs. Peru*, cit., párr. 8.3, aunque en este caso el Comité reconoce la probabilidad de que los autores fuesen agentes estatales; *Mojica vs. República Dominicana*, cit., párrs. 5.3-5.7.

ser definido de una manera unívoca, dado que se aplica a un conjunto de áreas muy diversas.

A pesar de estas dificultades, en la práctica y la doctrina se ha ido consolidando la convicción de que ciertos agentes no estatales pueden vulnerar derechos humanos, siendo éstos los sujetos que interesan para los fines del presente trabajo. Según la clasificación de los autores de la desaparición forzada que se ha propuesto en este trabajo, el agente no estatal es aquél que actúa sin una vinculación con el Estado.

**2. La diligencia debida tiene una importancia capital para valorar la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes no estatales.**

La imputabilidad a un Estado de los hechos internacionalmente ilícitos de los agentes no estatales que actúan desvinculados del Estado ha recibido una atención deficiente en el PRIEHII, dado que las reglas destinadas a esos supuestos son pocas y muy restringidas. Además, la diligencia debida fue excluida del Proyecto sin que se abordare un debate profundo sobre su naturaleza y la plausibilidad de su eliminación.

Esta decisión de la CDI es contradictoria con la abundante práctica internacional que ha empleado la diligencia debida para justificar la responsabilidad internacional del Estado ante violaciones de derechos humanos cometidas por particulares. El aspecto más interesante de esta jurisprudencia estriba en la fundamentación de la diligencia debida, que se ha reconducido a una interpretación amplia de la obligación general de garantía. Como resultado, se ha concluido que los Estados deben ejercer la debida diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de prevención y sanción ante violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales.

**3. La naturaleza jurídica de la diligencia debida es la de un estándar normativo híbrido, porque juega un dúplice papel a nivel de normas primarias y secundarias.**

Existe cierta incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la diligencia debida, probablemente, porque su lugar en el discurso de la responsabilidad internacional del Estado ha dependido históricamente de la evolución –o involución– que ha experimentado el concepto de culpa. En el PRIEHII ha triunfado la teoría objetiva, con lo cual la culpa no se considera un elemento constitutivo del hecho internacionalmente ilícito. Probablemente, esta situación ha incidido en la eliminación de la diligencia debida del articulado del Proyecto, dado que algunas teorías le atribuyen una naturaleza subjetiva a este estándar.

En el Derecho internacional de los derechos humanos, algunos tratados internacionales exigen expresamente que el cumplimiento de ciertas obligaciones se lleve a cabo empleándose una diligencia debida. Parece ser que en esos casos, el requerimiento de diligencia es una manera de describir la modalidad de cumplimiento de las obligaciones, indicando ciertas pautas normativas a tener en cuenta, pero sin exigir la consecución de un resultado. Entonces, adquiriría sentido la clasificación de PISILLO MAZZESCHI entre obligaciones de diligencia y obligaciones de resultado.

Sin embargo, sólo una proporción de la jurisprudencia internacional que ha aplicado la diligencia debida a casos derechos humanos se refiere a ese tipo de supuestos. El grueso de esa jurisprudencia se ha desarrollado sobre la base de una interpretación amplia de la obligación general de garantía, en cuya virtud se deduce que ante violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes no estatales, el Estado debe ejercer un deber de prevención y sanción.

Un claro ejemplo de esta concepción está representado por la teoría de las acciones positivas desarrollada por el TEDH. Según esta teoría, un Estado puede ser responsabilizado ante violaciones de derechos humanos cometidas por particulares. Para que ello ocurra es necesario el cumplimiento de dos requisitos. En primer lugar, el Estado debe o debería conocer la existencia de un riesgo que afecta derechos de terceros. En segundo lugar, el Estado no debe adoptar medidas razonables para evitar la afectación de esos derechos.

En este tipo de precedentes, la diligencia debida desempeña un importante papel para los efectos de la imputabilidad, porque viene utilizada como un paradigma normativo cuyos requisitos explican cuándo responsabilizar a un Estado que,

conociendo el riesgo que conlleva la actuación de un particular en perjuicio de derechos de terceros, no adopta medidas razonables para evitar la concreción de ese peligro. Al describir las condiciones que deben reunirse para activar la imputabilidad, la diligencia debida opera como una regla de atribución.

Por estas razones se ha asumido que la naturaleza de la diligencia debida es híbrida, atendido a la doble funcionalidad del estándar: desde el punto de vista de la norma primaria describe cómo debe ser cumplida una obligación, mientras que desde el punto de vista de la obligación secundaria fija los criterios que deben satisfacerse para atribuir un hecho al Estado.

#### **4. El TEDH ha resuelto los casos de desapariciones forzadas de autoría indeterminada aplicando la teoría de las acciones positivas.**

El TEDH ha aplicado la teoría de las acciones positivas para valorar si el Estado puede ser responsabilizado por no haber prevenido y sancionado casos de desapariciones forzadas de autoría indeterminada, es decir, aquellas en que no pudo acreditarse si el autor fue un agente estatal o no estatal.

La aplicación de esta teoría requiere el cumplimiento de dos requisitos. Primero, que el Estado conozca o deba conocer la existencia de un riesgo de afectación de un derecho humano. Segundo, que el Estado no adopte todas las medidas razonables que estén a su alcance para evitar la concreción de ese riesgo.

La jurisprudencia del TEDH puede ser valorada en relación a los deberes de prevención e investigación. En cuanto a la prevención, para determinar si el Estado conocía el riesgo, el TEDH ha analizado la situación particular de la víctima y el contexto general de violencia que circunda la comisión del hecho<sup>1734</sup>. Respecto de la primera, ha prestado importancia a las amenazas recibidas por las víctimas con anterioridad a los hechos y de las denuncias presentadas por éstas ante la autoridad, dando cuenta de la existencia de un peligro. En cuanto al contexto, el TEDH ha

---

<sup>1734</sup> Cfr. VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 407; la misma, “The Duty to Take Preventive Operational Measures...”, cit., pp. 166 y 170.

valorado si el hecho sometido a su conocimiento está insertado en una situación estructural de violencia imperante en el lugar y en la época de su comisión<sup>1735</sup>.

Para la valoración de la razonabilidad de las medidas, la jurisprudencia ha analizado las acciones emprendidas por el Estado antes de la desaparición y después de haber recibido la denuncia del secuestro. Las sentencias no siempre individualizaron las acciones que deberían haberse adoptado en cada caso, aunque algunas de ellas se esmeraron en una sugerencia detallada de las medidas de investigación que deberían haberse implementado con posterioridad a la denuncia<sup>1736</sup>.

El aspecto más importante de esta teoría estriba en que la constatación del comportamiento negligente del Estado produce una responsabilidad por la afectación sustantiva del derecho a la vida<sup>1737</sup>.

En cuanto la investigación, cabe destacar un grupo de casos en que se desestimó la infracción de la obligación de prevención con relación al derecho a la vida. Sin embargo, en esos precedentes el incumplimiento de la obligación de investigación fue clave para fundamentar la infracción de ese derecho desde el punto de vista procedimental.

En el resto de los casos analizados, el cumplimiento diligente de la investigación ha sido valorado a la luz de los estándares internacionales: rapidez, eficacia, independencia e imparcialidad.

En conclusión, aunque el TEDH no declara en ninguna de sus sentencias que los agentes no estatales pueden figurar como sujetos activos de la desaparición forzada, se ha ocupado de la responsabilidad que puede detentar el Estado frente a hechos de esa naturaleza. Lo anterior significa que la vulneración de los derechos que usualmente vienen afectados por la desaparición forzada interesa al sistema europeo de protección de los derechos humanos con independencia de la estatalidad del autor.

---

<sup>1735</sup> Según ABRAMOVICH, op. cit., p. 174, no es lo mismo que un Estado se enfrente a un ilícito aislado y poco frecuente, que a un ilícito conectado con una práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos. En ese último caso, habrá que revisar si el Estado ha permanecido inactivo frente a esta práctica o si ha intentado combatirla diligentemente mediante la implementación de ciertas políticas.

<sup>1736</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., p. 408. Cfr. la misma, "The Duty to Take Preventive Operational Measures...", cit., p. 171, argumentando que la existencia de una práctica generalizada de violaciones a los derechos humanos también debe influir en la valoración de la razonabilidad de las medidas preventivas.

<sup>1737</sup> VERMEULEN, *Enforced Disappearance*, cit., pp. 406 y 425.

**5. La Corte Interamericana no ha resuelto expresamente casos de desapariciones forzadas de autoría no estatal, pero se ha referido al tema *obiter dicta* en su jurisprudencia y probablemente el caso sobre el *Campo Algodonero* representa un primer paso para un tratamiento futuro del problema.**

La CorteIDH no ha tratado directamente un caso de desaparición forzada cometida por agentes no estatales que actúen sin tener vinculación con el Estado. Pese a lo anterior, desde su primer caso contencioso y mediante argumentaciones *obiter dicta* ha manifestado que el Estado debe prevenir e investigar todas las desapariciones, incluso las cometidas por particulares, subrayando que el estándar para valorar el cumplimiento de estos deberes es la diligencia debida.

Quizás, la sentencia sobre el *Campo Algodonero* sea la primera sobre una hipótesis de desapariciones forzadas de autoría no estatal, pero la CorteIDH no se ha atrevido a expresarlo directamente. Para su resolución, la sentencia aplicó un paradigma muy similar a la teoría europea de las acciones positivas. Sin embargo, ha incurrido en algunas imprecisiones técnicas, confundiendo al ámbito de aplicación de las obligaciones de prevención e investigación.

Al diferenciar dos períodos cronológicos, uno anterior y otro posterior a la privación de libertad, descartó la infracción de la obligación de prevención respecto del primer período relativo al contexto general imperante sobre las violaciones de los derechos de las mujeres de Ciudad de Juárez, mientras que respecto del segundo período enfocó el deber de prevención relacionándolo con el esfuerzo que debía emprender la autoridad estatal para hallar con vida a las mujeres secuestradas. Procediendo de esa manera, primero valoró si la prevención había sido infringida en general y luego, a propósito de la situación particular de las víctimas.

Sin embargo, este razonamiento no es apropiado, ya que la infracción de la prevención no puede ser analizada separadamente. Todo lo contrario, ambas situaciones –la del contexto y la de la víctima– deben ser objeto de una valoración conjunta a fin de determinar si el Estado infringió el deber de prevención respecto del hecho concreto sometido a su conocimiento. El análisis contextual debe realizarse en relación con el



caso concreto conocido por el Tribunal, a fin de determinar si el Estado estaba en conocimiento del riesgo y debía implementar medidas para evitar su concreción.

Por lo tanto, en casos de desapariciones, la prevención debe ser valorada *ex ante*, es decir, en relación al período cronológico que antecede a su ejecución, considerándose el contexto general y la situación particular de la víctima. En cambio, respecto del período cronológico que se inicia con la privación de libertad, lo que debe valorarse es el cumplimiento de la obligación de investigación. Cabe recordar la opinión disidente de algunos magistrados en el caso *Osmanoğlu vs. Turquía*, que reprochó a la mayoría haber confundido las medidas de prevención con las de investigación.

Además, el razonamiento aplicado en la sentencia *Campo Algodonero* puede conducir a resultados difícilmente aceptables. Cabe preguntarse qué hubiera concluido la Corte si los hechos hubieran sido homicidios en vez de desapariciones. La argumentación esbozada en la sentencia no podría haberse aplicado debido al carácter inmediato del homicidio. Sin embargo, en ese supuesto hipotético el Estado debería responsabilizarse por la infracción del deber de prevención atendido a su pasividad durante la situación contextual de violencia anterior a los hechos<sup>1738</sup>. El análisis de su comportamiento a lo largo de la investigación debe realizarse separadamente.

Por lo tanto, la manera más plausible para la aplicación de la diligencia debida parece exigir una valoración conjunta del contexto general y de la situación particular, a fin realizar una única valoración sobre el cumplimiento debidamente diligente de la obligación de prevención respecto del caso concreto que está siendo conocido por el tribunal.

Pese a estos defectos mejorables en la argumentación de esta sentencia, su importancia es capital, no sólo por sus reflexiones sobre la responsabilidad estatal por hechos de violencia contra la mujer –cuestión que ha atraído la atención mayoritaria de la academia– sino también por las aportaciones menos estudiadas sobre la aplicación de la diligencia debida como un estándar que permite fundamentar la responsabilidad del Estado frente a violaciones de derechos humanos cometidos por agentes no estatales.

La sentencia, además, es especialmente importante para el tratamiento de la desaparición forzada de personas. Quizás la Corte, al hablar de desapariciones ha

---

<sup>1738</sup> ABRAMOVICH, op. cit., p. 181.

querido llamar la atención sobre la posibilidad de su comisión por autores no estatales. Ojalá en futuras sentencias el Tribunal Interamericano sea más explícito y se enfrente al debate sobre el punto. Por ahora, no podemos sino compartir la opinión de ABRAMOVICH, para quien *“la condición de las víctimas como miembros de un grupo social afectado por un contexto persistente de violencia y discriminación es un factor clave del examen de la responsabilidad estatal en este caso, lo que debería permitir trasladar este precedente a otras situaciones similares de violencia sistemática o estructural contra grupos sociales desaventajados”*<sup>1739</sup>. Por lo tanto, la argumentación de este precedente podría valer para desapariciones de autoría no estatal.

## **6. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias tiene una posición ambigua sobre la autoría de los agentes no estatales.**

El GTDFI ha interpretado que no tiene competencia para tratar las desapariciones cometidas por los agentes no estatales, en base a dos razones. Primero, porque la definición consagrada en la Declaración no se refiere a este tipo de agentes. Segundo, porque según la interpretación que el propio Grupo hace de su mandato, su competencia se circunscribe a las desapariciones definidas en la Declaración, esto es, desapariciones de autoría estatal.

En consecuencia, las referencias que el Grupo de Trabajo ha hecho a sujetos no estatales son aisladas. Probablemente, al constatar algunos patrones masivos de desapariciones atribuibles a estos agentes, el GTDFI ha sentido la necesidad de pronunciarse sobre el tema, en algunos casos en términos descriptivos y en otros, condenando la práctica. En ese sentido, cabe destacar los informes sobre las visitas a Colombia y Guatemala y, sobretodo, el informe sobre Nepal, que da cuenta de una posición más audaz.

El informe sobre México, por su parte, es decepcionante. Este país sufre graves violaciones a los derechos humanos, no sólo a mano de los agentes estatales, sino también de agentes no estatales, quienes ejercen su hegemonía en amplias porciones del territorio aterrorizando a la población. La visita a México era una oportunidad para que el Grupo de Trabajo intentara perfilar una posición más decidida sobre la intervención

---

<sup>1739</sup> Íd., p. 182.

de sujetos no estatales en las desapariciones forzadas. Por lo demás, la CorteIDH ya había emitido la sentencia sobre el *Campo Algodonero* dos años antes de la visita del Grupo. Sin embargo, las apreciaciones del informe sobre las desapariciones de autoría no estatal son escuetas, generales y tímidas.

Al no ejercer su competencia sobre las desapariciones de autoría no estatal, el GTDFI no puede recurrir a los mecanismos de protección de los que está facultado. Tanto es así, que las desapariciones de autoría no estatal ni siquiera se incorporan a la base de datos del Grupo de Trabajo y cuando se constata que una desaparición tiene esa naturaleza se interrumpe su investigación considerándose aclarada la situación<sup>1740</sup>.

Es indiscutible que la posición del GTDFI tiene justificaciones evidentes de *lege data* en las limitaciones de su competencia. Sin embargo, en términos de *lege ferenda* cabe preguntarse si podría ocuparse de desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales. Dado que la CIPPDF contiene una clara referencia a esta clase de sujetos, el Grupo de Trabajo no puede pretender seguir eludiendo el problema. En atención al carácter esencialmente humanitario de este órgano, es aconsejable que en el seno de Naciones Unidas se emprenda un debate profundo sobre la ampliación de la competencia del Grupo de Trabajo. Asimismo, es necesaria una estrategia coordinada entre el GTDFI y el CED, que tenga por objeto identificar los agentes no estatales que pueden incurrir en desapariciones y buscar soluciones prácticas para enfrentar el asunto.

**7. Es necesario que el Comité contra las Desapariciones Forzadas responda a las preguntas dejadas por la Convención Internacional sobre los agentes no estatales.**

Lo cierto es que la Convención Internacional ha dejado abiertas demasiadas preguntas sobre los agentes no estatales y el CED, como órgano de supervisión del tratado, debe hacerse cargo de ellas. Lo preferible sería despejar las incertidumbres

---

<sup>1740</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General...*, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/4/41, cit., párr. 444, sobre la exclusión de 39 casos en Uganda; CDH. *Los derechos civiles y políticos...*, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Informe sobre la visita a Turquía de dos miembros del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1999/62/Add.2, cit. párr. 3, donde el Grupo de Trabajo, ciñéndose a los términos de su mandato, aclara que no puede hacerse cargo de las denuncias de desapariciones forzadas atribuidas al PKK.

mediante la emisión de una observación general que aclarare el tipo de agentes estatales a los que se está refiriendo el tratado, las obligaciones internacionales que rigen sobre los Estados en ese ámbito y los mecanismos de protección aplicables.

**8. El Comité de Derechos Humanos entiende que las obligaciones de prevención y sanción rigen respecto de toda desaparición forzada.**

Finalmente, en cuanto al HRC es posible interpretar su observación general sobre el derecho a la vida y concluir que los deberes de prevención e investigación rigen ante cualquier clase de desapariciones forzadas. Esta cuestión ha sido confirmada en algunos pronunciamientos sobre quejas individuales sobre desapariciones de autoría indeterminada.

## CONCLUSIONES

Las principales conclusiones de esta investigación son las siguientes:

- 1. La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas era necesaria para llenar una laguna normativa.**

La desaparición forzada es un hecho internacionalmente ilícito que ha surgido y se ha desarrollado a lo largo del siglo XX como una estrategia de represión política. Es una figura compleja, que se ha expandido a lo largo y ancho del globo y que ha tenido la capacidad de mantenerse vigente adaptándose a contextos contemporáneos de violencia. La utilización masiva y sistemática de la desaparición forzada durante las dictaduras latinoamericanas motivó una serie de reacciones de la comunidad internacional que se tradujeron en la elaboración de varios instrumentos normativos destinados a combatir este ilícito a través de la prevención, la sanción y la reparación. El conjunto de estos esfuerzos integra el proceso de codificación progresiva que se ha desarrollado sobre esta figura en diferentes ramas del Derecho internacional.

En ese orden de ideas, la CIPPDF es un instrumento valioso que ha rellenado una laguna normativa en la protección internacional de toda persona contra la desaparición forzada. En efecto, si bien la Declaración es un importante instrumento universal respaldado por la supervisión del GTDFI, no deja de ser un instrumento de *soft law* cuyo valor normativo se discute. Asimismo, la CIDFP tiene un alcance limitado al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Por su parte, el Derecho internacional humanitario se ciñe a las situaciones de conflicto armado, mientras que la regulación del ER sólo opera para la exigencia de la responsabilidad penal individual por crímenes de lesa humanidad.

En cambio, la CIPPDF es el primer instrumento convencional universal destinado integralmente a la regulación de la desaparición forzada. En ese sentido, representa un punto de llegada en la codificación del Derecho internacional de los derechos humanos sobre el tópico. Pero al mismo tiempo no deja de ser un punto de partida, porque a pesar de la entrada en vigencia de la Convención este crimen sigue y

seguirá cometiéndose. La eficacia del tratado dependerá de una multiplicidad de factores, entre otros, el grado de aceptación que recibirá de los Estados, la manera en que será incorporada en los ordenamientos jurídicos nacionales, las repercusiones que generará en la práctica y la labor que desempeñará el CED. De todas formas, es indispensable que los Estados ratifiquen la Convención y acepten la competencia del Comité.

## **2. La desaparición forzada es un hecho internacionalmente ilícito que posee una autonomía conceptual.**

Según la CIPPDF, *“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”*.

De acuerdo con la opinión dominante, la noción de desaparición forzada se estructura sobre la base de tres elementos: la privación de libertad, la denegación de información y el sujeto activo. La sustracción a la protección de la ley, en cambio, viene considerada una consecuencia de los elementos anteriores. Sin duda, el elemento distintivo de la desaparición forzada es la denegación de información por la autoridad pública, porque permite diferenciarla de otras figuras afines y representa la esencia de este ilícito.

Esta definición ha alcanzado un carácter consuetudinario en el Derecho internacional. Sin embargo, es una noción problemática, porque todos sus elementos conceptuales han generado varios debates dogmáticos, sobre todo, en lo que se refiere al sujeto activo y a la sustracción a la protección de la ley.

La definición de la desaparición forzada cumple un papel fundamental, tanto a nivel internacional como a nivel interno. En ese orden de ideas, representa un parámetro para la interpretación del contenido de las obligaciones internacionales que recaen sobre el Estado, para una adecuada tipificación penal interna y para la adaptación de los

ordenamientos jurídicos nacionales a los estándares internacionales. Por estas razones, es importante que en la práctica y la doctrina se perfilen los nudos conceptuales problemáticos de la definición y se aclaren sus aspectos más ambiguos, asumiéndose en todo momento una interpretación favorable a la protección de los derechos de las víctimas.

Ahora bien, la desaparición forzada de personas posee –y necesita– una autonomía conceptual. Aunque existen figuras afines –como el secuestro, la tortura o la ejecución extrajudicial– éstas no incluyen las conductas que conforman la desaparición forzada y son insuficientes para brindar una protección jurídica adecuada a las víctimas afectadas por este delito. Si bien es cierto que en la realidad la desaparición suele ser cometida junto a otros ilícitos internacionales, en el plano conceptual es necesario tener claridad sobre los matices que diferencian unas figuras con otras. Por lo tanto, es aconsejable que los Estados incorporen la desaparición a nivel interno respetando las normas que contienen las definiciones internacionales y que no confíen en la aplicación de otras figuras afines mediante las reglas sobre el concurso de delitos. Es la única manera de acatar el mandato del Derecho internacional, de respetar la especialidad de la desaparición como ilícito internacional y de incorporar a nivel interno un aparato institucional capaz de proteger a las víctimas en plena coherencia con ese carácter especial.

### **3. La mayor aportación de la Convención Internacional ha sido la consagración expresa del derecho a no ser sometido a desaparición forzada.**

Una cuestión íntimamente vinculada con el concepto de la desaparición forzada es la de la existencia del derecho de toda persona a no ser sometido a desaparición forzada. Sin sombra de duda, la consagración expresa de este derecho en el articulado de la Convención Internacional es la mayor aportación de este tratado, dado que los anteriores instrumentos internacionales sobre la desaparición forzada no habían regulado expresamente un derecho específico en ese sentido.

Al igual que la definición, la plasmación de este derecho es un pilar fundamental de la Convención, una piedra angular que debe sostener la interpretación del contenido de las obligaciones internacionales sobre la desaparición. En ese sentido, la

interpretación de cualquier disposición de la Convención debe tener siempre a la vista la necesidad favorecer la prevención eficaz de la desaparición forzada, la sanción de los responsables y la reparación integral de las víctimas.

La consagración de este derecho también debe contribuir a diferenciar la desaparición forzada de otras figuras afines. Las confusiones, en parte, han sido alimentadas por el enfoque pluriofensivo que ha sido asumido por los tribunales y órganos internacionales. En efecto, ante la ausencia de un derecho específico a no ser sometido a desaparición forzada, estos tribunales y órganos se limitan a analizar si en el supuesto sometido a su conocimiento, las conductas constitutivas de la desaparición forzada han implicado la vulneración de alguno de los derechos consagrados en los tratados internacionales cuya supervisión les corresponde.

Aunque esta posición ha permitido condenar a los Estados en casos de desapariciones forzadas, debe emprenderse un esfuerzo para su superación gradual y para reemplazarla por un enfoque unitario que guarde coherencia con la consagración internacional del concepto de un hecho ilícito específico. Si existe un derecho a no ser sometido a desaparición forzada, ello significa que la desaparición forzada es una noción unitaria que no puede ser fragmentada o desmenuzada en la infracción de varios derechos. Pese a que su comisión vulnere una gran variedad de derechos humanos, la desaparición no pierde uniformidad como ilícito internacional autónomo y unitario. Esta especial característica tiene importantes repercusiones jurídicas, sobre todo si se tiene en cuenta que la desaparición es un ilícito permanente.

Finalmente, a la luz de la práctica internacional que se ha ido analizado en el trabajo, parece ser indiscutible que la prohibición de la desaparición forzada es una norma de *ius cogens*.

- 4. En la práctica internacional se ha adoptado un doble discurso sobre el carácter permanente de la desaparición forzada que ha implicado la desactivación de los efectos jurídicos que debería generar esta especial característica de la desaparición forzada.**



En la doctrina, los tratados y en la práctica internacional se ha repetido hasta el cansancio que la desaparición forzada es un hecho internacionalmente ilícito permanente. Sin embargo, se suele manejar un doble discurso a la hora de aplicar la principal consecuencia jurídica de este carácter, esto es, la activación de la competencia temporal de los tribunales y órganos internacionales sobre desapariciones forzadas anteriores a la fecha crítica.

En general, los argumentos que se emplean para intentar justificar que los tribunales y órganos internacionales no son competentes para conocer desapariciones anteriores a la fecha crítica, son el resultado de malinterpretaciones de asuntos técnicos vinculados con los tratados internacionales. Por ejemplo, se esgrime como argumento el principio de irretroactividad, desatendiéndose que su aplicación es compatible con la persecución de los hechos ilícitos permanentes. Incluso se ha llegado a decir que la obligatoriedad del tratado comienza con la aceptación de la competencia del órgano si ésta se realiza en una fecha posterior a la ratificación, afirmación absurda, porque no puede sostenerse que el tratado no es obligatorio para el Estado durante el período que transcurre desde su ratificación hasta la aceptación de la competencia del órgano de supervisión.

Por otro lado, muchas dudas plantean las reservas en cuya virtud los Estados declaran que el tribunal u órgano respectivo sólo es competente para el conocimiento de violaciones a los derechos humanos posteriores a la fecha de aceptación de la competencia. Este tipo de reservas ha planteado problemas en casos de desapariciones planteados en el marco de la CIDH, el CEDH y el PICDP. Esta cuestión merece ser estudiada, porque probablemente se trate de reservas contrarias al objeto y a los fines esenciales de esos tratados. De todas formas, en esos casos el tribunal u órgano respectivo es competente para conocer una desaparición forzada iniciada antes de la fecha crítica que se prolonga con posterioridad a la misma, justamente, porque la activación de la competencia es un efecto jurídico que dimana del carácter permanente de este ilícito.

Sin embargo, en la práctica el panorama es desolador, ya que en todas las instancias internacionales se ha descartado la activación de la competencia temporal de desapariciones anteriores a la fecha crítica. Incluso el TEDH ha llegado al extremo de

elaborar una serie de exigencias altamente indeterminadas e incompatibles con el carácter permanente de la desaparición.

También en el marco de la Convención Internacional de Naciones Unidas la situación es preocupante. Decepciona sobremanera que el tratado destinado a la protección de las víctimas de desaparición no contemple una disposición expresa sobre la permanencia de la desaparición y que sujete la competencia del CED a las desapariciones posteriores a la fecha crítica. Por su parte, mediante una declaración sustantiva el CED ha acatado el mandato de la Convención sin el más mínimo intento de buscar soluciones alternativas.

Es indispensable que esta tendencia sea invertida en todas las sedes internacionales y que la palabrería ampulosa sobre el reconocimiento del carácter permanente de la desaparición forzada tenga repercusiones prácticas en la activación de la competencia de órganos y tribunales internacionales.

**5. Una sistematización adecuada de las obligaciones internacionales sobre la desaparición forzada debe elaborarse sobre la base de la clasificación general que diferencia entre obligación de respeto y obligación de garantía de los derechos humanos.**

Las clasificaciones tienen por objeto simplificar las complejidades de la realidad. La sistematización de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos no es extraña a este objetivo. Si bien en la doctrina se han propuesto muchas clasificaciones de obligaciones internacionales sobre derechos humanos –en ocasiones correlativas a la clasificación de los derechos– este trabajo ha optado por organizar las obligaciones internacionales sobre la desaparición forzada tomando como punto de partida la distinción general entre obligaciones de respeto y garantía.

La obligación de respeto tiene un fiel reflejo en la consagración del derecho de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada, ya que los Estados les está prohibida toda clase de participación en la comisión de estos ilícitos. A su vez, de la obligación general de garantía surgen varios deberes específicos que han sido tomados en consideración para clasificar las obligaciones internacionales relativas a la

prohibición de la desaparición forzada, diferenciándose cuatro ámbitos obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación.

**6. Una implementación eficaz de las medidas de prevención contempladas en la Convención Internacional es indispensable para combatir la comisión de la desaparición forzada.**

Llama poderosamente la atención el nivel de detalle con el cual la Convención Internacional regula los diferentes aspectos vinculados con la prevención de la desaparición forzada. Aunque se trata de una cuestión atípica para un tratado internacional, no puede sino ser bienvenida, dado que la erradicación de este hecho ilícito está íntimamente relacionada con la eficacia de las medidas de prevención, especialmente, aquellos que se implementen a nivel interno.

La principal finalidad de la prevención estriba en evitar que la información sobre las personas detenidas sea denegada u ocultada a los legítimos interesados. De hecho, la Convención Internacional prohíbe con carácter absoluto la detención secreta. En este orden de ideas las medidas de prevención tienen por objeto obligar a los Estados a implementar una serie de instituciones que tienen por objeto promover la entrega de la información sobre las personas privadas de libertad e impedir su ocultamiento o destrucción.

**7. La investigación de la desaparición forzada cumple una doble finalidad: intentar hallar con vida a la persona desaparecida y recopilar la información denegada.**

La investigación de la desaparición forzada debe regirse por los estándares tradicionales sobre el tópico: rapidez, eficacia, independencia e imparcialidad. La investigación puede desempeñar diversos roles en materia de desaparición forzada. Inmediatamente después de la privación de libertad, una investigación adecuada puede ser determinante para hallar a la víctima con vida. En general, la investigación de la desaparición debe centrarse en la búsqueda y recopilación de la información sobre el desaparecido que ha sido ocultada o destruida.

Dado que la desaparición es un delito muy peculiar, lo ideal es que la investigación se encargue a una autoridad judicial especializada, que cuente con personal y recursos adecuados y que tenga amplios márgenes de independencia e imparcialidad, especialmente, para los casos en que se sospecha que el Estado ha tenido una participación en el hecho.

**8. La obligación de sanción obliga a los Estados a una adaptación de su ordenamiento jurídico interno y a evitar que en los procesos incoados contra los presuntos responsables se apliquen medidas generadoras de impunidad.**

Para dar cumplimiento a la obligación de sanción es necesario que los Estados adapten su ordenamiento jurídico a los requerimientos de los estándares internacionales. Una tipificación ideal de la desaparición forzada debe contemplar su comisión como crimen de lesa humanidad sin descuidar su penalización ante casos de comisiones aisladas.

Para evitar situaciones de impunidad y para promover la imposición de penas proporcionales a la gravedad de la desaparición forzada, es necesario realizar las modificaciones pertinentes en la Parte General del Derecho penal nacional, especialmente, en lo que se refiere a la regulación del *iter criminis*, la autoría y participación, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y las causas de extinción y exención de la pena.

Desde un punto de vista procesal, el ordenamiento debe contemplar una serie de principios de jurisdicción que eviten vacíos de impunidad por falta de competencia de los tribunales de justicia, especialmente, el principio de territorialidad, el principio de nacionalidad activa, un modelo de cuasi jurisdicción universal y una regulación coherente de la extradición.

Ciertamente la obligación de sanción es de medios, dado que no puede obligarse al Estado a sancionar a toda costa a los responsables, porque habrá casos en que las circunstancias no lo permitirán. Sin embargo, en el Derecho internacional se ha consolidado la idea de que antes graves violaciones a los derechos humanos los Estados

deben emplear el máximo de su diligencia para identificar, detener, procesar y sancionar a los perpetradores. En aquellos casos en que los ordenamientos internos contemplen instituciones que podrían generar situaciones de impunidad, es indispensable que los tribunales de justicia examinen tales instituciones a la luz de las obligaciones internacionales imperantes sobre la desaparición forzada y que eviten su aplicación si comprueban la infracción de algún estándar normativo internacional.

Se ha planteado que las exigencias de paz en algunas situaciones de conflicto podría demandar una renuncia de la sanción. Sin embargo, además de ser una obligación internacional, la justicia es uno de los tres pilares del paradigma de la justicia transicional junto con la verdad y la reparación. La sanción también es una legítima pretensión de las víctimas. Por lo tanto, en ningún caso se puede defender la renuncia a la sanción de los responsables. La máxima concesión que podría aceptarse en situaciones de conflicto apremiantes es una flexibilización de la sanción, siempre que se cumpla con un plexo de condicionantes, entre otras, la participación de las víctimas en la toma de decisiones, el otorgamiento de verdad, la implementación de una política de reparación integral y la garantía de que los principales responsables y los delitos más graves sean sancionados.

## **9. El cumplimiento de la obligación de reparación debe adaptarse a las características especiales de la desaparición forzada.**

Las peculiaridades de desaparición forzada demandan una aplicación especializada de la obligación de reparación, ya que las necesidades de las víctimas no son estáticas. La existencia de una pluralidad de víctimas, las consecuencias negativas que generadas por este crimen en el tejido social, la ausencia de información sobre la suerte del desaparecido, el ocultamiento y destrucción de sus restos mortales, representan un conjunto de factores especiales que deben ser considerados para dar adecuado cumplimiento a la obligación de reparar las desapariciones.

En alguna medida, la Convención Internacional ha reconocido el carácter específico de la reparación en el ámbito de las desapariciones forzadas. Por ejemplo, el derecho a la verdad y el derecho a la búsqueda, exhumación, identificación y entrega de los restos mortales de la persona desaparecida han recibido una consagración expresa en

el tratado. Ambos derechos poseen una íntima conexión con la desaparición forzada, porque tienen por objeto resolver la situación de falta de información sobre la víctima. De hecho, la satisfacción de estos derechos puede producir la cesación de la desaparición forzada a través de la revelación de la información.

Una buena política de reparaciones puede lograrse mediante la amalgama de medidas materiales y simbólicas. En la práctica existen marcadas diferencias entre los modelos de reparación implementados por el TEDH y la CorteIDH. El primero sólo impone el pago de indemnizaciones como medida de reparación, mientras que la segunda ha desarrollado una teoría integral combinando varias medidas reparadoras según las especialidades del caso. La indemnización por sí sola es insuficiente para alcanzar la reparación integral de la desaparición forzada, con lo cual debe ser complementada con otras medidas simbólicas y materiales. El sistema europeo, por ende, necesita replantear el modelo de reparaciones, porque ha quedado obsoleto de cara a la evolución que la reparación ha experimentado en el Derecho internacional de los derechos humanos.

Ahora bien, el titular de la mayor parte de los derechos consagrados en la Convención es la víctima. Afortunadamente, su conceptualización se ha realizado en términos amplios, dado que incluye a las personas desaparecidas y a cualquier persona que haya sufrido un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición. Si bien la amplitud de esta noción representa un avance, su principal defecto estriba en la vaguedad de la noción de perjuicio directo. Una buena interpretación de este elemento debe tener en cuenta la relación de causalidad existente entre la desaparición forzada y el daño. Claramente, las personas que mantenían un vínculo afectivo con el desaparecido sufrirán un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición. Pero también puede incluirse entre las víctimas a personas que experimenten alguna clase de perjuicio que no tenga su fundamento en un vínculo afectivo con la víctima, por ejemplo, los testigos, abogados o jueces que sufran alguna afectación de sus derechos a consecuencia de su participación en la tramitación de un proceso judicial sobre desapariciones.

El tratamiento de la jurisprudencia internacional sobre las víctimas de desapariciones forzadas requiere importantes correcciones. La CorteIDH y el HRC suelen referirse únicamente a los familiares, sin incluir a terceras personas, con lo cual

es necesario que replanteen esta posición adoptando un enfoque más amplio. Por otra parte, el TEDH ha aplicado criterios especiales que defienden una concepción objetiva de la víctima. En algunas sentencias, incluso, ha sujetado la calificación de víctima al cumplimiento de criterios temporales. Sin embargo, el proceso de identificación de las víctimas de desapariciones, debe realizarse sobre la base de una concepción subjetiva que se concentre en el sufrimiento del individuo y en la relación que lo conectaba con la persona desaparecida.

**10. La clasificación de los autores de la desaparición forzada sirve de base para sistematizar las reglas de atribución aplicables a este ilícito.**

La clasificación de los autores de la desaparición que se ha propuesto en este trabajo ha tomado como referencia lo dispuesto en los diversos instrumentos internacionales sobre este ilícito, con lo cual se trata de clasificación que posee una base normativa.

La sistematización de las reglas de atribución aplicables a la desaparición se ha realizado sobre la base de esta clasificación de los sujetos activos, diferenciándose entre agentes estatales y agentes no estatales y entre éstos, los que actúan con la autorización apoyo y aquiescencia del Estado y los que actúan desvinculados del Estado.

Esta elección se justifica en un denominador común entre la clasificación de los autores y las reglas de atribución, dado que ambas prestan especial atención a la relación que intercede entre el sujeto que realiza el comportamiento y el Estado. En los instrumentos internacionales sobre la desaparición este vínculo suele identificarse con expresiones de contenido flexible; a saber: autorización, apoyo y aquiescencia.

**11. El sujeto activo predilecto de la desaparición forzada es el agente estatal, con lo cual las desapariciones cometidas por dichos agentes son imputables al Estado.**

La historia demuestra que originariamente la desaparición forzada fue empleada por los Estados para perseguir la disidencia política y amedrentar a la población. Este

estado de cosas influyó en la conceptualización tradicional de la desaparición forzada, que la considera un delito esencialmente estatal. Esta visión es compartida por una parte importante de la doctrina, ha tenido una amplia aplicación práctica y ha tenido repercusión en la codificación internacional de la desaparición.

Desde el punto de vista de la atribución, es evidente que la desaparición forzada cometida por un agente estatal de cualquier tipo debe ser imputada al Estado al que pertenece ese agente. La práctica sobre la desaparición es coherente con esta afirmación. En general, las desapariciones forzadas cometidas por agentes estatales suelen ser imputadas mediante la aplicación del principio de unidad del Estado o de las regla sobre los actos *ultra vires*.

**12. Las desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales organizados que actúan vinculados al Estado deben ser atribuidas mediante la aplicación del estándar de control de conjunto.**

La atribución de las desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales que actúan con la autorización apoyo o aquiescencia del Estado ha sido objeto de análisis en abundante práctica internacional. Sin duda alguna, la jurisprudencia más destacable es la emitida por la CorteIDH sobre el paramilitarismo.

En el debate que enfrenta el criterio del control efectivo con el control de conjunto, esta investigación ha tomado posición prefiriendo el segundo estándar. La justificación principal de esta decisión estriba en un análisis realista de los casos prácticos. Generalmente, los Estados recurren a grupos no estatales organizados para cometer ilicitudes intentando disfrazar su participación. La reunión de ciertas condiciones justifica la defensa de un control global, pese a ser un estándar más flexible del control efectivo. Si una organización no estatal no podría incurrir en ilicitudes sin la colaboración significativa del Estado, en mi opinión, tales ilicitudes deben ser atribuidas al Estado que ejerce el control. Para tal efecto, habrá que realizar análisis casuísticos prestando atención al nivel de jerarquización del grupo y a aquellas acciones realizadas por el Estado que demuestren el ejercicio de un control de conjunto. Esta posición es perfectamente aplicable a las desapariciones, que por su complejidad requieren un cierto grado de organización.



En mi opinión, la mayoría de los casos resueltos por la CorteIDH sobre el paramilitarismo demostraron una intensa conexión entre el Estado y la organización. La intensidad de este vínculo hubiera justificado la aplicación del control de conjunto. Sin embargo, la Corte ha preferido utilizar el estándar de la diligencia debida. Lo anterior puede deberse a varias razones: la influencia ejercida por la jurisprudencia del TEDH sobre las acciones positivas; la pretensión de la Corte de construir un sistema de responsabilidad autónomo basado en las disposiciones de la CIDH, quizás por el temor de que la aplicación de reglas generales pudiera terminar favoreciendo a los Estados; la intención de no involucrarse en la disputa internacional entre la CIJ y el TPIY sobre el contenido del control; la flexibilidad y amplitud de la diligencia debida.

La crítica se plantea con la consciencia de que el resultado final de la jurisprudencia de la Corte no ha sido negativo. En definitiva, los Estados han sido condenados y obligados al cumplimiento de medidas de reparación. El problema no afecta ese punto, sino el mensaje inherente a cada regla de atribución. La aplicación del control de conjunto implica que el Estado está involucrado en el hecho por ejercer un control sobre los autores. En cambio, la diligencia debida entiende que el Estado no es responsable por su participación directa en los hechos, sino por no prevenir o no investigar. Política y jurídicamente, se trata de cuestiones diferentes que merecen un reproche y un tratamiento técnico distinto.

**13. La diligencia debida es un buen estándar para valorar la actuación de los Estados ante las desapariciones forzadas de autoría no estatal o indeterminada.**

En conexión con la conclusión anterior, la diligencia debida es un estándar adecuado para valorar la responsabilidad que le puede caber a los Estados en su actividad de prevención y sanción de las desapariciones forzadas de autoría no estatal. En general, los tribunales internacionales de derechos humanos deberían recurrir a la diligencia debida cuando la prueba rendida en los procesos no es capaz de demostrar que el Estado tuvo alguna clase de participación directa en la comisión del hecho.

Por lo tanto, la aplicación de la diligencia debida es coherente en aquellos supuestos en que no ha existido una participación directa del Estado o la vinculación

entre el Estado y el autor está muy difuminada. Descartándose un control sobre el autor, es adecuado valorar si el Estado debió prevenir el hecho en atención a las circunstancias. Para tal efecto, la construcción del TEDH sobre las acciones positivas ha sido bastante exitosa, porque tiene un sustento normativo en la obligación general de garantía y porque sus dos requisitos –el conocimiento del riesgo y la adopción de medidas razonables– pese a ser flexibles, han sido interpretadas objetivamente en base a los hechos y al contexto que rodeaba su comisión.

Por lo tanto, parece ser adecuado aplicar esta teoría a aquellas desapariciones forzadas que en este trabajo han sido denominadas “de autoría indeterminada”, es decir, aquellas respecto de las cuales no pudo identificarse si el autor era un agente estatal o no estatal. Sin embargo, en algunos casos, especialmente los que pertenecen al contexto checheno, hubiere sido más oportuno realizar un examen de la situación estructural de violencia centrado el foco en las organizaciones no estatales que operan en la región, especialmente las paramilitares, a fin de valorar la eventual existencia de una esfera de control ejercida por el Estado ruso sobre tales grupos.

En otro ámbito, la diligencia debida ha resultado de gran ayuda para valorar el cumplimiento del deber de investigación y sanción de las desapariciones, porque se trata de obligaciones internacionales de medio, cuyo cumplimiento debe ser valorado en cada caso concreto. Respecto de estas obligaciones no es exigible un resultado, porque su éxito dependerá de las circunstancias, dado que la desaparición forzada es un delito en que se oculta la información y que se comete procurando la impunidad de sus autores.

Sin embargo, estas afirmaciones no pretenden en ningún caso ser benevolentes con los Estados, sino que simplemente reflejan apreciaciones teóricas sobre la naturaleza jurídica de dichas obligaciones. En la realidad, la investigación y la sanción no suelen ser obstaculizadas por circunstancias fortuitas. Todo lo contrario, dado que la práctica analizada ha dado cuenta de estrategias intencionadas dirigidas a obstruir la investigación y frustrar la sanción de los responsables. Por ende, la valoración del comportamiento estatal en el desempeño de estas obligaciones debe ser muy minuciosa y apegarse a una interpretación exigente de los estándares internacionales.

- 14. Aunque algunas reglas de atribución del PRIEHII no han tenido aplicación en la práctica sobre la desaparición forzada, a modo de ejercicio teórico, se han analizados ciertos supuestos en que tales reglas podrían aplicarse si se cumplen los requisitos técnicos respectivos.**

A lo largo de la investigación se constató que en la práctica internacional sobre desapariciones forzadas no abundan los ejemplos en que se hubiere declarado procedente la regla de imputabilidad sobre el comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público o la regla de las instrucciones. Sin embargo, respecto de cada una de estas reglas se analizaron algunos fenómenos reales que, eventualmente, podrían activar su aplicación.

En cuanto a la primera de ellas, se aludió a las actividades de las compañías privadas militares o de seguridad –los mercenarios del siglo XXI– explicándose que en algunos informes elaborados en el marco de Naciones Unidas se está comenzando a dar cuenta de su participación en la comisión de desapariciones forzadas. Por otra parte, respecto de la regla de instrucciones se mencionó la práctica nacional e internacional sobre las entregas extraordinarias.

Estas referencias se realizaron con la plena conciencia de que no reúnen todos los requisitos de aplicación de las reglas de atribución mencionadas. Sin embargo, se trata de fenómenos relativamente recientes cuyas proyecciones son desconocidas. Dado que la práctica internacional sobre estas materias está comenzando a florecer, se ha considerado oportuno llamar la atención sobre la aplicabilidad hipotética de criterios que podrían ser empleados para atribuir estas desapariciones de autoría no estatal.

- 15. Sería bienvenido que el marco de Naciones Unidas, el GTDFI y el CED elaboraren una posición conjunta sobre las desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales.**

En el marco de Naciones Unidas es necesario que el GTDFI y el CED trabajen conjunta y coordinadamente en una posición clara sobre los agentes no estatales. El problema del GTDFI estriba en las limitaciones competenciales de su mandato, mientras que las dificultades del CED están relacionadas con la regulación ambigua de

la materia en la CIPPDF. Tratándose de órganos que se ocupan de la misma problemática, sería bochornoso que manejen una concepción desigual respecto de un tópico tan importante. Es esencial que se determine qué tipo de agentes no estatales puede incurrir en desapariciones forzadas y cuáles son las obligaciones que le corresponden a los Estados ante ese tipo de situaciones. Asimismo y aunque no ha sido un tema abordado en este trabajo, cabe identificar los mecanismos de protección que cada uno de estos órganos internacionales puede hacer valer en tales hipótesis.

En base a todo lo anterior, parece inevitable que se debata sobre una ampliación de la competencia del GTDFI y que el CED aclare urgentemente a qué se refiere la Convención Internacional cuando trata los agentes no estatales, preferiblemente, emitiendo una observación general sobre el asunto.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. DOCTRINA

- ABAD CASTELOS, Montserrat. “El avance sectorial, la fragmentación del orden jurídico y sus riesgos: ¿está a salvo la unidad del derecho internacional?”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 5, 2001, pp. 35-56.
- ABASS, Ademola. “Proving State Responsibility for Genocide: the ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur”, *Fordham International Law Journal*, vol. 31, Issue 4, 2008, pp. 871-910.
- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria. “Aspectos jurídicos internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado”, en CÓRDOBA RODA, Juan/MIR PUIG, Santiago/QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coords). *Estudios Jurídicos en Honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*. 2 vols. Barcelona: Bosch, 1983, t. I, pp. 7-23.
- ABRAMOVICH, Víctor. “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 6, 2010, pp. 167-182.
- ABUELAS DE PLAZA DE MAYO. *Las abuelas y la genética*. El aporte de la ciencia en la búsqueda de los chicos desaparecidos. Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo, 2008.
- AGUIAR, Asrúbal. “La responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo/NIETO LOAIZA, Rafael (comps.). *Estudios básicos de derechos humanos I*. San José de Costa Rica: Instituto interamericano de derechos humanos, 1994, pp. 117-133.
- ALCOCEBA GALLEGO, Amparo. “La violencia contra la mujer en el seno del Consejo de Europa. La sentencia del T.E.D.H. en el caso Opuz c. Turquía”, en MARIÑO, Fernando M. (dir.) y ALCOCEBA GALLEGO, Amparo/QUISPE REMÓN, Florabel (coords.). *Feminicidio*. El fin de la impunidad. Valencia: Universidad Carlos III/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 177-190.
- ALJA, Rosa Ana/CALVET, Elisenda. “La exigibilidad en España de los derechos de las víctimas de desapariciones forzadas por vía contencioso-administrativa como alternativa a la vía penal”, en ESCUDERO ALDAY, Rafael/PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (eds.), *Desapariciones Forzadas, Represión Política y Crímenes del Franquismo*. Madrid: Trotta, 2013, pp. 101-120.

ALSTON, Philip. "The CIA and Targeted Killings beyond Borders", *Harvard Law School National Security Journal*, vol. 2, issue 2, 2011, pp. 283-446.

- "The 'Non-a-Cat' Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?", en ALSTON, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 3-36.

ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH). *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto*. Amnistías. HR/PUB/09/1. Nueva York/Ginebra: Naciones Unidas, 2009.

AMBOS. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina. Trad. de Marcela Anzola Gil. Medellín: Fundación Konrad Adenauer Stiftung/Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA)/Comisión Andina de Juristas/Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional/Biblioteca Jurídica Dike, 1997.

- *La Parte General del Derecho Penal Internacional*. Bases para una Elaboración Dogmática (2002). Ezequiel Malarino (trad.). Bogotá: Ducker & Humboldt/Konrad-Adenauer-Stiftung/Temis, 2005.
- "Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional", en *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2005, pp. 299-358.

AMBOS, Kai/ALKATOUT, Josef "¿Se hizo justicia? La legalidad del asesinato de Bin Laden según el Derecho internacional", Natalia Barbero (trad.), *Cuadernos de Política Criminal*, n° 104, II, época II, octubre 2011, pp. 5-26.

AMBOS, Kai/BÖHM, María Laura. "La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparado internacional y propuesta legislativa", en AMBOS, Kai/CORREA, Juliana (coord.), *Desapariciones forzadas de personas*. Análisis comparado e internacional. Bogotá: Temis, 2009, pp. 195-255.

AMBOS, Kai/OTHMAN, Mohamed. "Introduction", en AMBOS, Kai/OTHMAN Mohamed (eds.). *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2003, pp. 1-7.

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU). *Petition Alleging Violations of the Human Rights of Khaled El-Masri by the United States of America with a Request for an Investigation and Hearing on the Merits*. 9 de abril de 2008. ACLU. Disponible en [https://www.aclu.org/files/pdfs/safefree/elmasri\\_iachr\\_20080409.pdf](https://www.aclu.org/files/pdfs/safefree/elmasri_iachr_20080409.pdf). [Consulta: 13 de mayo de 2014].

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Bosnia-Herzegovina. Unlawful Detention of Six Men from Bosnia-Herzegovina in Guantánamo Bay* [En línea]. *Amnistía Internacional*, EUR 63/013/2003, 29 de mayo de 2003. Disponible en <http://www.amnesty.org/es/library/asset/EUR63/013/2003/en/87bf0d4-d6db-11dd-ab95-a13b602c0642/eur630132003en.pdf>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

- *Juicios Justos*. Manual de Amnistía Internacional. Edición y traducción a cargo de Editorial de Amnistía Internacional (EDAI). Londres: Amnesty International Publications, 1998.
- *The International Criminal Court: Making the Right Choices - Part I: Defining the Crimes and Permissible Defenses and Initiating a Prosecution* [En línea], *Amnesty International*, IOR 40/001/1997, 1 de enero de 1997. Disponible en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR40/001/1997/en/26618e4d-eac4-11dd-b6f5-3be39665bc30/ior400011997es.html#sdfootnote124sym>. [Consulta: 9 de julio de 2014].

ANAYA MUÑOZ, Alejandro. “Non-State Actors as Violators in Mexico. A Hard Case for Global Human Rights Norms”, en BRYSK, Alison (ed.). *The Politics of the Globalization of Law*. New York/Oxon: Routledge, 2013, pp. 180-198.

ANDERSON, Kirsten, “How effective is the 'International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances' likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearances?”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, n° 2, octubre de 2007, pp. 247-277.

ANDREU-GUZMÁN, Federico. *El fuero militar y el Derecho internacional*. Los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos. Bogotá: Comisión Internacional de Juristas/Comisión Colombiana de Juristas, 2003.

- “La desaparición forzada de personas” [en línea]. Presentado en el *Seminario de Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. A los 20 años del Convenio 169 OIT: Balance y Retos*, 27-28 de enero de 2009. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 2009. Disponible en [http://ibcperu.org/biblioteca/resultado.php?criterio=combo&palabra\\_clave=Desaparici%C3%B3n%20frzada](http://ibcperu.org/biblioteca/resultado.php?criterio=combo&palabra_clave=Desaparici%C3%B3n%20frzada). [Consulta: 9 de junio 2010].
- “Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies”, *International Red Cross Review*, vol. 84, n° 848, diciembre 2002, pp. 803-818.
- “Progress toward a United Nations Treaty against Enforced Disappearances”, *Yearbook of International Commission of Jurist*, 2004, pp. 325-337.
- “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, *The Review (International Commission of Jurists)*, n° 62-63, septiembre 2001.

- “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, *The Review (International Commission of Jurists)*, nº 62-63, septiembre 2001, pp. 73-106.
- ANNONI, Alessandra. “La responsabilità internazionale dell Stato per sparizioni forzate”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 58, año 2005, fasc. 3, pp. 667-702.
- ANZON DEMMIG, Adele. “Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, annno LIV, fasc. 2, marzo-aprile 2009, pp. 1020-1033.
- ARAT, Zehra F. Kabasakal. “Looking beyond the State but not Ignoring It. A Framework of Analysis for Non-State Actors and Human Rights”, en ANDREOPOULOS, George/ ARAT, Zehra F. Kabasakal/JUVILER, Peter. *Non State Actors in the Human Rights Universe*. Bloomfield: Kumarian Press, 2006, pp. 3-21.
- ARROCHA, Pablo. “The Never-Ending Dilemma: Is the Unilateral Use of Force by States Legal in the Context of Humanitarian Intervention?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 11-44.
- ARTEAGA PADILLA, Edwing/GUZMÁN GONZÁLEZ, Patricia. “La desaparición forzada: excepción a la competencia *ratione temporis* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista de Justicia*, nº 17, junio 2010, pp. 23-31.
- ASAMBLEA PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS. “Propuesta para la Convención Internacional contra la Política de Desaparición Forzada de Personas”, en *La Desaparición. Crimen contra la Humanidad*. TAPPATA DE VALDEZ, Patricia (ed.). Buenos Aires: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987, pp. 337-342.
- ATLAM, Hazem. “National Liberation Movements and International Responsibility”, en Spinedi, Marina/ Simma, Bruno (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*. New York: Oceana, 1987, pp. 35-56.
- AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice* (2000). 2<sup>a</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BADIA MARTÍ, Ana María. “El asunto de Nauru contra Australia sobre la rehabilitación de las tierras fosfáticas. Sentencia del T.I.J. de 26 de junio de 1992”, *Anuario de Derecho internacional*, nº 10, 1994 , pp. 257-300.
- BARNIDGE Jr., Robert P. *Non state actors and terrorism. Applying the Law of State Responsibility and the Due Diligence Principle*. The Hague: TMC Asser Press, 2008.



- “The Due Diligence Principle under International Law”, *International Community Law Review*, vol. 8, Issue 1, 2006, pp. 81-121.
- BARTOLINI, Giulio. *Grazia per uno dei responsabili della extraordinary rendition di Abu Omar* [En línea]. *Marina Castellaneta. Notizie e commenti sul Diritto internazionale e dell' Unione Europea*, 6 de abril de 2013. Disponible en <<http://www.marinacastellaneta.it/blog/grazia-per-uno-dei-responsabili-della-extraordinary-rendition-di-abu-omar.html>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].
- “Il concetto di «controllo» sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello stato”, en SPINEDI, Marina/GIANELLI, Alessandra/ALAIMO, Maria Luisa (coords.). *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*. Milano: Giuffré, 2006, pp. 25-52.
  - “Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi”, *La Comunità internazionale*, vol. 56, n° 3, 2001, pp. 435-473.
- BEN-NAFTALI, Orna/MICHAEL, Keren R. “«We Must Not Make a Scarecrow of the Law»: A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings”, *Cornell International Law Journal*, vol. 36, issue 2, Spring 2003, pp. 233-292.
- BIANCHI, Andrea. “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2008, pp. 491-508.
- BLOMEYER-BARTENSTEIN, Horst. “Due Diligence”, en BERNHARDT, Rudolf (dir.). *Encyclopedia of Public International Law*. 5 vols. Amsterdam-London-New York-Tokyo: North-Holland, t. I, 1992, pp. 1110-1115.
- BOLLO AROCENA, María Dolores. “Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia”, *Revista Española de Derecho internacional*, vol. VI, n° 1, 2004, pp. 91-127.
- BOOT, Machteld. *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia, 2002.
- BORELLI, Silvia. “Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights”, *Interights Bulletin*, vol. 15, n° 3, 2006, pp. 101-104.
- BÖRZEL, Tanja A./RISSE, Thomas. “Human Rights in Areas of Limited Statehood: the New Agenda”, en RISSE, Thomas/ROPP, Stephen C./SIKKINK, Kathryn. *The Persistent Power of Human Rights: from Commitment to Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 63-84.

- BORZUTZKY, Silvia. “The Politics of Impunity: the Cold War, State Terror, Trauma Trials and Reparation in Argentina and Chile”, *Latin American Research Review*, vol. 42, n° 3, october 2007, pp. 167-186.
- BOSCH, Shannon. “Private Security Contractors and State Responsibility”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 41(3), November 2008, pp. 353-382.
- BOVINO, Alberto. “El fallo «Suárez Rosero»”, en *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 3-54.
- “La libertad personal en el Sistema Interamericano”, en *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 55-83.
- BOYLE, Alan E. et. al. *The International Law Commission and the Future of International Law*. London: The British Institute for International and Comparative Law, 1998.
- BRODY, Reed. “The United Nations Creates a Working Group on Arbitrary Detention”, *American Journal of International Law*, vol. 85, Issue 4, October 1991, pp. 709-715.
- BRODY, Reed/GONZÁLEZ, Felipe. “Nunca Más: An Analysis of International Instruments on «Disappearances»”, *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 1997, pp. 365-405.
- BRÖHMER, Jürgen. *State Immunity and the Violation of Human Rights*. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff, 1997.
- BROOMHALL, Bruce. *International Justice and the International Criminal Court: between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law* (1966). 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- *System of the Law of Nations*. State Responsibility. Part I. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- BUTTON, Jillian. “Spirited Away (Into a Legal Black Hole?)”. The Challenge of Invoking State Responsibility for Extraordinary Rendition”, *Florida journal of international law*, vol. 19, n° 3, 2007, pp. 531-568.
- CALLEJON, Claire. “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*, n° 66, avril 2006, pp. 337-358.
- CALVET MARTÍNEZ, Elisenda. “The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances”, en GÓMEZ ISA, Felipe/ DE FEYTER, Koen (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*. Bilbao: University of Deusto, 2009, pp. 515-553.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Jus Cogens*: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, 2012, pp. 507-536.

- *International Law for Humankind. Toward a New Jus Gentium*. 2ª ed. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- "Le «sparizioni forzate» in Argentina: la barbarie e dopo", en CASSESE, Antonio. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Bari: Laterza, 1988, pp. 163-180.
- *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*. Inaugural Address as Honorary Professor to the Chair in 'International and Regional Human Rights Courts' delivered on 10 November 2011 at Utrecht University. Utrecht: Utrecht University, 2011.
- *The Access of Individuals to International Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de Derecho penal internacional*. Partes general, especial y procedimental ante la Corte Penal Internacional. Bogotá: Leyer, 2004.

CAPELLÀ I ROIG, Margalida. "Las «desapariciones forzadas» en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de Derecho internacional sin reparación ni castigo", en SOROETA LICERAS, Juan (ed.). *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. VI. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2006, pp. 265-301.

CARON, David. "The ILC Articles on State Responsibility: the Paradoxical Relationship between Form and Authority", *American Journal of International Law*, vol. 96, issue 2, october 2002, pp. 857-873.

CARRILLO SANTARELLI, Nicolás. "La protección y promoción de los derechos humanos frente a violaciones no estatales por los órganos internacionales", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 26, diciembre 2013.

CASADEVALL, Josep. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. "Aproximación a una teoría de los regímenes en Derecho internacional público", en RODRIGO, Angel J./GARCÍA, Catalina (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*. Coloquio en Homenaje a Oriol Casanova. Barcelona 21-22 de mayo de 2009. Madrid: Tecnos, 2011, pp. 41-59.

- "El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos como regímenes internacionales", en CARDONA LLORENS, Jorge/PUEYO LOSA, Jorge Antonio/RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis/SOBRINO HEREDIA, José Manuel (eds.) y

AZNAR GÓMEZ, Mariano J. (coord.). *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. 2 vols. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, t. 1, pp. 41-59.

CASSEL, Douglass. "Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, issue 4, autumn 1996, pp. 197-230.

CASSESE, Antonio. *Diritto internazionale*. Bologna: Il Mulino, 2006.

- *International law* (2001). 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- *International law in a divided world*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- "The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", *The European Journal of International Law*, vol. 18, nº 4, 2007, pp. 649-668.
- "The Status of Rebels Under The 1977 Geneva Protocol of Non-International Armed Conflicts", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, 1981, pp. 416-439.

CERNA, Christina M. "The History of the Inter-American System's Jurisprudence as Regards Situations of Armed Conflict", *International Humanitarian Legal Studies*, 2011, Issue 2, pp. 3-52.

CHARLESWORTH, Hilary/CHINKIN, Christine. "The Gender of Jus Cogens", *Human Rights Quarterly*, vol. 15, Issue 1, 1993, pp. 63-76.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid: Parthenon, 2007.

- "El Comité contra la Desaparición Forzada: primeros pasos, retos y solución", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 21, 2013, pp. 215-240.
- *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.
- "La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: nunca es tarde si la dicha es buena?: examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la «Ley de Memoria Histórica»", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nº 7, 2008, pp. 13-55.
- "La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar (art. 2 derecho a la vida). Teoría y práctica: de *De Becker c. Bélgica* a *Canales Bermejo c. España*", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, nº 1, 2014, pp. 125-158.

- “Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos jurídicos iberoamericanos: impunidad fáctica, amnistías e indultos” en CAPELLÀ, Margalida/GINARD, David. *Represión Política, Justicia y Reparación*. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008). Palma de Mallorca: Documenta Balear, 2009, pp. 255-339.
- “Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. Debates pasados, presentes y futuros en el sistema internacional de protección de los derechos humanos”, en TORRES BERMÚDEZ, Santiago et al. (coords.). *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez. Madrid: Universidad Complutense de Madrid/Universidad del País Vasco/Iprolex, 2013, pp. 695-711.

CHINKIN, Christine. “Critique of the Public/Private Dimension”, *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 2, 1999, pp. 387-395.

CITRONI, Gabriella. “«Desaparición forzada de personas»: desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2003, pp. 373-407.

- “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de masacres”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXI, 2005, pp. 493-518.
- “The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: A Milestone in International Human Rights Law”, *Journal de TRIAL*, n° 19, juillet 2009, pp. 12-14.

CITRONI, Gabriella/BIANCHI, Maria Giovanna. “The Committee on Enforced Disappearances: Challenges Ahead”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, fascicolo 1, 2012, pp. 127-168.

CITRONI, Gabriella/SCOVAZZI, Tullio. “Recent Developments in International Law to Combat Enforced Disappearances”, *Revista Internacional Direito e Cidadania*, n° 3, Fevereiro 2009, pp. 89-111.

CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

- *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- “Non-State Actors”, en MOECKLI, Daniel/SHAH, Sangeeta/SIVAKUMARAN, Sandesh (eds.). *International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 561-582.
- “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto” [En línea], *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 863, septiembre de 2006, pp. 1-38.

- CLARK, Roger S. "Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court", en POLITI, Mauro/NESI, Giuseppe (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*. Burlington: Ashgate, pp. 75-93.
- CLAUDE, Ophella. "A Comparative Approach to Enforced Disappearances in the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights Jurisprudence", *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 5, 2010, pp. 407-462.
- COCONI ARAU, Luciana. "Convergencias entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana: la cuestión de las desapariciones forzadas. El caso Varnava contra Turquía", en SAURA ESTAPÁ, Jaume (ed. y coord.), *Reconocimiento y Protección de Derechos Emergentes en el Sistema Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson, 2012, pp. 351-381.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. "Presentación", en GALLÓN GIRALDO, Gustavo/REED HURTADO, Michael (eds.). *Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2007, pp. 11-27.
- COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR. *De la locura a la esperanza*. La guerra de 12 años en El Salvador. San Salvador/Nueva York: Naciones Unidas, 1992-1993.
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN DE PERÚ. *Informe Final*, 9 vols. Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, 2003.
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. 3 vols. Santiago de Chile: s.e., 1996.
- COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP). *Nunca Más*. Barcelona: Seix Barral/Eudeba, 1985.
- COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO DE GUATEMALA. *Guatemala Memoria del Silencio. Tz'inil Na'Tab'Al*. 12 vols. Guatemala: Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS), 1999.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 1949, and its Commentary*. [En línea], *International Committee of the Red Cross*. Disponible en [http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl\\_nsf/Treaty.xsp?documentId=77CB9983BE01D004C12563CD002D6B3E&action=openDocument](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl_nsf/Treaty.xsp?documentId=77CB9983BE01D004C12563CD002D6B3E&action=openDocument). [Consulta: 21 de julio de 2014].
- *Families of Missing Persons in Nepal*. A Study of their Needs. CICR: Kathmandu, 2009.
  - "The Missing: Action to resolve the problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families. International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts Geneva, 19 - 21 February 2003 Working Group

on the *Observations and Recommendations Report by the Chairman to the Plenary Mr. Nicolas Michel, Director, Directorate of Public International Law, Federal Department of Foreign Affairs, Switzerland*”, *International Review of the Red Cross*, vol. 85, n° 849, 2003, pp. 185-193.

COMMISSION OF INQUIRY INTO THE ACTIONS OF CANADIAN OFFICIALS IN RELATION TO MAHER ARAR. *Report of the Events Relating to Maher Arar. Analysis and Recommendations*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006.

- *Report of the Events Relating to Maher Arar. Factual background*. 2 vols. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006.

CONDORELLI, Luigi/KRESS, Claus. “The Rules of Attribution: General Considerations”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 221-236.

CORCUERA CABEZUT, Santiago. “Las leyes de amnistía a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos”, en CORCUERA CABEZUT, Santiago /GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio (comps.). *Justicia Penal Internacional*. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 2001, pp. 97-120.

- “L'expérience du Groupe de Travail sur les Disparitions Forcées”, en DECAUX, Emmanuel/DE FROUVILLE, Olivier (eds.), *La Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*. Actes de la journée d'études du 11 mai 2007 organisée par le Centre de recherche sur le droits de l'homme et le droit humanitaire (C.R.D.H.) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Bruxelles: Nemesis/Bruylant, 2009, pp. 21-27.

CORTÁZAR, Julio. “Negación del olvido”, *Araucaria Chile*, n° 14, 1982, pp. 21-23.

COSTA, Jean-Paul. “The European Court of Human Rights: Consistency of Its Case-Law and Positive Obligations”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 26, n° 3, 2008, pp. 449-454.

COSTI, Alberto. “Problems with Current International and National Practices Concerning Extraterritorial Abductions”, *Yearbook of the New Zealand Association for Comparative Law*, n° 8, 2002, pp. 57-99.

COURTNEY, Jocelyn. “Enforced Disappearances in Colombia: A Plea for Synergy between the Courts”, *International Criminal Law Review*, vol. 10, n° 5, 2010, pp. 679-711.

CRADDOCK, Erin. “Torturous Consequences and the Case of Maher Arar. Can Canadian solutions "Cure" the Due Process Deficiencies in U. S. Removal Proceedings?”, *Cornell Law Review*, vol. 93, Issue 3, 2008, pp. 621-658.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law* (1966). 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

- *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad Internacional del estado*. Introducción, texto y comentarios. Introducción y apéndices traducidos por Luis Fonseca, bajo la supervisión de Carlos Espósito. Madrid: Dykinson, 2004.
  - “The System of International Responsibility”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 17-25.
- CRETOL, Monique/LA ROSA, Anne-Marie. “The Missing and Transitional Justice: the Right to Know and the Fight against Impunity”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n° 862, June 2006, pp. 355-362.
- CRYER, Robert/FRIMAN, Håkan/ROBINSON, Darryl/WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2007). 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- CUENCA CURBELO, Salvador. ‘Organizaciones’ y política en el contexto del crimen de lesa humanidad del Estatuto de Roma. Directora: Florabel Quispe Remón. Tesina de Máster. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, 2012.
- DAVID, Eric. “Primary and Secondary Rules”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 27-33.
- DE FROUVILLE, Olivier. “Attribution of Conduct to the State: Private Individuals”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 257-289.
- “The Committee on Enforced Disappearances” [En línea]. *Olivier de Frouville*. Disponible en [http://www.frouville.org/Publications\\_files/FROUVILLE-CED-ALSTON.pdf](http://www.frouville.org/Publications_files/FROUVILLE-CED-ALSTON.pdf). [Consulta: 28 de mayo de 2014].
- DE GREIFF, Pablo. “Justice and Reparation”, en DE GREIFF, Pablo (ed.), *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 451-477.
- DE HOOGH, André J. J., “Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia”, *The British Yearbook of International Law*, vol. LXXII, 2001, pp. 255-292.
- DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (ONU). *Study of the Rights of Everyone to be Free of Arbitrary Arrest, Detention and Exile*. E/CN.4/826/Rev.1 (1 de enero de 1964). New York: United Nations Publications, 1964.



- DE LONDRAS, Fiona. *Detention in the 'War on Terror'*. Can Human Rights Fight Back? Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- DE SCHUTTER, Bartholomé. “Competence of the National Judiciary Power in Case the Accused has Been Unlawfully Brought within the National Frontiers”, *Revue Belge de Droit International*, vol. I, 1965, pp. 88-124.
- DIEZ-BACALSO, Mary Aileen. “A Convention Protecting Persons from Enforced Disappearances – An Imperative” [En línea], *Asian Federation against Involuntary Disappearance*, 2007. Disponible en <[http://afad-online.org/voice/may\\_05/internationallobby.htm](http://afad-online.org/voice/may_05/internationallobby.htm)>. [Consulta: 12 de julio de 2014].
- DIJKSTRA, Petra/KLANN, Helen/RUIMSCHOTEL, Rosa/WIJNKOOP, Myrthe. *Enforced Disappearances as Continuing Violations*. Amsterdam: Amsterdam International Law Clinic, 2002.
- DOMÍNGUEZ REDONDO, Elvira. *Los procedimientos públicos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- DONDÉ MATUTE, Javier. “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS, Kai/ MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 263-293.
- DOPAGNE, Frédéric. “1969 Vienna Convention. Article 28. Non-retroactivity of Treaties”, en CORTEN, Olivier/PIERRE, Klein (eds.). *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*. 2 vols. Oxford: Oxford University Press, 2011, t. I, pp. 718-728.
- DOSWALD-BECK, Louise. “Missing Persons: Legal Requirements under International Humanitarian Law and Related Treaties”, ICRC. *Report of the Second Universal Meeting of National Committees on International Humanitarian Law*. Geneva, 19–21 March 2007. Legal Measures and Mechanisms to Prevent Disappearances, to Establish the Fate of Missing Persons, and to Assist Their Families. Ginebra: ICRC, 2007, pp. 104-106.
- DULITZKY, Ariel E. “Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos”, en MARTIN, Claudia/RODRIGUEZ-PINZÓN, Diego/GUEVARA, José A. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México D.F./Washington: Universidad Iberoamericana A.C./Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University/Fontamara, 2004, pp. 79-117.
- DUPUY, Pierre-Marie. “Infraction (Droit International Public)”, en GÜNCÜ, Ozgül (col.), *Répertoire de Droit International*. 3 vols. Paris: Dalloz, t. II, 1999, pp. 1-8.
- EAGLETON, Clyde. *The Responsibility of States in International Law* (1928). New York: Kraus Reprint, 1970.

- ECONOMIDES, Constantin P. “Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 372-381.
- ERIKSSON, Maria. *Defining Rape. Emerging Obligations for States under International Law?* – Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2011.
- ERRANDONEA, Jorge. “Justicia transicional en Uruguay”, en *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)*, vol. 47, enero-junio 2008, pp. 13-69.
- ESCUDERO ALDAY, Rafael. “Los desaparecidos en España: víctimas de la represión franquista, símbolo de la transición y síntoma de una democracia imperfecta”, en ESCUDERO ALDAY, Rafael/PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (eds.), *Desapariciones Forzadas, Represión Política y Crímenes del Franquismo*. Madrid: Trotta, 2013, pp. 141-161.
- ESPÓSITO, Carlos/GALELLA, Patricio. “Las entregas extraordinarias en la lucha contra el terrorismo. ¿Desapariciones forzadas?”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, n° 19, junio 2012, pp. 6-33.
- ESPOSITO, Andreana/GENTILE, Gianluca/TRASPASSO, Maria Teresa. “I crimini contro l' umanità”, en LATTANZI, Giorgio/MONETTI, Vito (coords.). *La Corte Penale Internazionale. Organismo-Competenza-Reati-Processo*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, pp. 599-756.
- FEDEFAM. “Proyecto sobre Convención Internacional sobre Desaparecimiento Forzado”, en *La Desaparición. Crimen contra la Humanidad*. TAPPATA DE VALDEZ, Patricia (ed.). Buenos Aires: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987, pp. 343-357.
- FALEH PÉREZ, Carmelo. “La obligación internacional del Estado de prevenir e investigar los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas”, en RIPOL CARULLA, Santiago/VILLÁN DURÁN, Carlos (dirs.). *Justicia de Transición: el caso de España*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2012, pp. 75-134.
- FANCHIOTTI, Vittorio. “Il gusto (amaro) del segreto”, *Giurisprudenza Costituzionale*, anno LIV, fasc. 2, marzo-aprile 2009, pp. 1033-1042.
- FARRIOR, Stephanie. “State Responsibility for Human Rights Abuses by Non-State Actors”, *American Society of International Law Proceedings*, n° 92, 1998, pp. 299-306.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. “La protección de la mujer en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: el caso Campo Algodonero”, en MARIÑO, Fernando M. (dir.) y ALCOCEBA Gallego, Amparo/QUISPE Remón, Florabel (coords.). *Feminicidio. El fin de la impunidad*. Valencia: Universidad Carlos III/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 297-323.

- FELDMAN, Tamar. "Indirect Victims, Direct Injury: Recognizing Relatives as Victims under the European Human Rights System", *European Human Rights Law Review*, Issue 1, 2009, pp. 50-69.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos. "El Tribunal para la Antigua Yugoslavia y el Desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelación de 2 de octubre de 1995 en el asunto Tadic-competencia)", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, nº 2, 1996, pp. 11-44.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad. "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, nº 2, 2008, pp. 397-425.
- FERRER LLORET, Jaume. "Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 305-346.
- FILIPPINI, Leonardo. "Reconocimiento y justicia penal en el caso *Gelman*", *Anuario de Derechos Humanos*, nº 8, 2012, pp. 185-193.
- FINUCANE, Brian. "Enforced Disappearance as a Crime under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War", *The Yale Journal of International Law*, vol. 35, 2010, pp. 171-197.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. "Global Constitutional Struggles: Human Rights between colére publique and colére politique", en KALECK, Wolfgang et al (eds.). *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Berlin: Springer, 2007, pp. 13-27.
- FISCHER-LESCANO, Andreas/TEUBNER, Gunther "Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", Michelle Everson (trad.), *Michigan Journal of International Law*, vol. 95, 2003-2004, pp. 999-1046.
- FLAUSS, Jean François. "La protection des droits de l'homme et les sources du droit international", en Société Français pour le Droit International (ed.). *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*. Paris: Pedone, 1998, pp. 11-79.
- FLECK, Dieter. "Humanitarian Protection against Non-State Actors", en FROWEIN, Jochen Abr./SCHARIOTH, Klaus/WINKELMANN, Ingo/WOLFRUM, Rüdiger (eds.). *Verhandeln für den Frieden-Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel*. Berlín: Springer, 2003, pp. 69-94.
- GAETA, Paola. "Extraordinary renditions e giurisdizione italiana nei confronti degli agenti statunitensi coinvolti nel c.d. caso *Abu Omar*", *Rivista di Diritto Internazionle*, vol. 96, fasc. 2, 2013, pp. 530-537.
- "Extraordinary renditions e immunità della giurisdizione penale degli agenti esteri: il caso *Abu Omar*", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 89, fasc. 1, 2006, pp. 126-130.

- “War Crimes Trials before Italian Criminal Courts: New Trends”, en FISCHER, Horst/ KRESS, Claus/LÜDER, Sascha Rolf (eds.). *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*. Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag (BWV), 2004, pp. 751-768.
- GALAIN PALERMO, Pablo. “Uruguay”, en AMBOS, Kai/CORREA, Juliana (coords.). *Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis, 2009, pp. 135-175.
- GALELLA, Patricio. “La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Un gran paso hacia una mayor protección en la lucha contra este fenómeno”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 21, 2010, pp. 77-100.
- GARCÍA ELORRIO, Magdalena. “Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de la noción de diligencia debida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” [En línea], *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, vol. 1, n° 1, 2011. Disponible en <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/286>. [Consulta: 30 de abril de 2014].
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Violación de derechos de mujeres y violencia de género en la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos”, en MARIÑO, Fernando M. (dir.) y ALCOCEBA Gallego, Amparo/QUISPE Remón, Florabel (coords.). *Feminicidio. El fin de la impunidad*. Valencia: Universidad Carlos III/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 225-242.
- GATHII, James Thuo. “Armed Activities on the Territory of the Congo: Democratic Republic of the Congo vs. Uganda. International Court of Justice, December 19, 2005”, *American Journal of International Law*, vol. 101, Issue 1, 2007, pp. 142-149.
- GATTINI, Andrea. “Smoking/No Smoking: some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility”, *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 2, 1999, pp. 397-404.
- GAWANDE, Atul. “The United States Holds Tens of Thousands of Inmates in Long-Term Solitary Confinement. Is this Torture?” [En línea]. *The New Yorker*, 20 de marzo de 2009. Disponible en [http://www.newyorker.com/reporting/2009/03/30/090330fa\\_fact\\_gawande](http://www.newyorker.com/reporting/2009/03/30/090330fa_fact_gawande). [Consulta: 12 de julio de 2014].
- GENSER, Jared M./WINTERKORN-MEIKLE, Margaret K. “The Intersection of Politics and International Law: the United Nations Working Group on Arbitrary Detention in Theory and in Practice”, en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 39, Issue 3, Summer 2008, pp. 687-755.
- GIORGOU, Irena. “State Involvement in the Perpetration of Enforced Disappearance and the Rome Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, Issue 5, December 2013, pp. 1001-1021.

GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Especial consideración del delito de genocidio. Madrid: Tecnos, 1999.

- *El Genocidio y otros Crímenes Internacionales*. Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente-UNED Alzira-Valencia, 1999.
- “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en STEINER, Christian (ed.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*. Berlín-Montevideo-Cuauhtémoc: Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 311-344.
- “Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 4, 2012, pp. 1-28.

GLENNON, Michael J. “State-Sponsored Abduction: a Comment on United States v. Alvarez-Machain”, *American journal of international law*, vol. 86, Issue 4, 1992, pp. 746-756.

GOLDMANN, Robert Kogod. “Uruguay: Amnesty Law in Violation of Human Rights Convention”, *The Review (International Commission of Jurists)*, nº 49, 1992, pp. 37-45.

GÓMEZ DEL PRADO, Jose L./MAFFAI, Margaret. “United Nations Working Group on the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Rights of People to Self Determination & the Wisconsin International Law Society: Model Law for the Regulation of Private Military and Security Companies”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 26, Issue 4, 2009, pp. 1078-1094.

GÓMEZ ISA, Felipe. “Desmovilización paramilitar en Colombia: Entre la paz y la justicia”, *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE). Documentos de Trabajo*, nº 57, abril 2008.

- “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos”, en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.), *El derecho a la memoria*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, 2006, pp. 23-75.
- “El fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina”, *Pensamiento Iberoamericano*, nº 2, 2008, pp. 163-184.
- “Justicia, verdad y reparación en el proceso de desmovilización paramilitar en Colombia”, en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.), *Colombia en su laberinto. Una mirada al Conflicto*. Madrid: Catarrata, 2008, pp. 87-166.
- “Justicia y reparación para las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos”, *Crítica*, año 58, nº 954, 2008, pp. 51-55.

- “Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso de Colombia”, en REED, Michael/RIVERA, María Cristina (eds.). *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010, pp. 188-210.
- “Retos de la Justicia Transicional en contextos no transicionales: el caso español”, en RIPOL CARULLA, Santiago/VILLÁN DURÁN, Carlos (dirs.). *Justicia de Transición: el caso de España*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2012, pp. 172-184.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. “¿Aun un espacio de la racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista penal*, nº 14, 2004, pp. 24-48.

GONZÁLEZ MORALES, Felipe. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente a la violencia contra la mujer y el feminicidio”, en MARIÑO, Fernando M. (dir.) y ALCOCEBA Gallego, Amparo/QUISPE REMÓN, Florabel (coords.). *Feminicidio. El fin de la impunidad*. Valencia: Universidad Carlos III/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 243-251.

- *Las transformaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos durante los procesos de democratización de los estados partes*. Director: Dr. Fernando Mariño Menéndez. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2012.

GOODMAN, Ryan/JINKS, Derek P. “*Filartiga's Firm Footing: International Human Rights and Federal Common Law*”, *Fordham Law Review*, vol. 66, Issue 2, November 1997, pp. 463-529.

GREEN, Leslie C. “The Eichmann Case”, *The Modern Law Review*, vol. 23, Issue 5, September 1960, pp. 507-515.

GRIEBEL, Jörn/PLÜCKEN, Milan. “New Developments regarding the Rules of Attributions? The International Court of Justice’s Decision in *Bosnia v. Serbia*”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, pp. 601-622.

GROSSMAN, Claudio. “The *Velásquez Rodríguez* Case: The Development of the Inter-American Human Rights System”, en NOYES, John/DICKINSON, Laura/JANIS, Mark W. (eds.), *International Law Stories*. New York: Foundation Press, 2007, pp. 77-113.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. *El hecho ilícito internacional*. Madrid: Dykinson, 2005.

- *La responsabilidad internacional* (Las consecuencias del hecho ilícito). Murcia: Diego Marín Librero Editor, 2005.
- “Por una responsabilidad «responsable» (a propósito del Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos)”, en MARIÑO

- MÉNDEZ, Fernando (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI*. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa. Madrid: Trotta, 2002, pp. 369-391.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo/CERVELL HORTAL, María José. *El Derecho Internacional en la encrucijada*. Curso general de Derecho Internacional Público (1995), 2ª ed. Madrid: Trotta, 2008.
- *El Derecho Internacional en la encrucijada*. Curso general de Derecho Internacional Público (1995), 3ª ed. Madrid: Trotta, 2012.
  - “La prohibición del uso de la fuerza en la sentencia de la CIJ de 19 de diciembre de 2005 (asunto sobre las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 58, nº 1, 2006, pp. 239-256.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. “Crímenes internacionales y Prescripción”, en AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/WOISCHNICK, Jan (eds). *Temas actuales de Derecho Penal Internacional*. Contribución de América Latina, Alemania y España. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 69-81.
- “Título V. De la Extinción de la Responsabilidad Penal”, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.) y MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Tomo I. Libro Primero-Parte General. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002, pp. 433-487.
- HAKIMI, Monica. “State Bystander Responsibility”, *European Journal of International Law*, vol. 21, nº 2, 2010, pp. 341- 385.
- HALL, Christopher K. HALL, Christopher K. “Article 7. Crimes against humanity. Para. 1(i). Enforced Disappearance of Persons”, en TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*. Observers' Notes, Article by Article (1999). 2ª ed. München-Oxford-Baden: C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 220-226.
- “Article 7. Crimes against humanity. Para. 2(i). Enforced Disappearance of Persons”, en TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*. Observers' Notes, Article by Article (1999). 2ª ed. München-Oxford-Baden: C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 266-273.
- HART, Herbert L.A. *The Concept of Law* (1961). 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HARVARD RESEARCH. “Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime”, *The American Journal of International Law*, vol. 29, Supplement: Research in International Law, 1935, pp. 439-442.
- HEATHCOTE, Sarah. “State Omissions and Due Diligence. Aspects of Fault, Damage and Contribution to Injury in the Law of State responsibility”, en BANNELIER, Karine/CHRISTAKIS,

Théodore/HEATHCOTE, Sarah (eds.), *The ICJ and the Evolution of International Law. The Enduring Impact of the Corfu Channel Case*. London: Routledge, 2012, pp. 295-314.

HENCKAERTS, Jean-Marie/DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law* (2005). 2 vols. Cambridge: Cambridge University Press/International Committee for the Red Cross, 2009.

HENDERSON, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 39, 2004, pp. 71-99.

HESSBRUEGGE, Jan Arno. “Human Rights Violations Arising from Conduct of Non-State Actors”, *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 11, 2005, pp. 21-88.

HIGGINS, Rosalyn. “Time and the Law: International Perspectives on an old Problem”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, issue 03, July 1997, pp. 501-520.

HOPPE, Carsten. “Private Conduct, Public Service?: State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law Committed by Individuals Providing Coercive Services under a Contract with a State”, en MATHESON, Michael J./MOMTAZ, Djamchid, *Les Règles et les Institutions du Droit International Humanitaire à l'Épreuve des Conflits Armés Récents/Rules and Institutions of International Humanitarian Law Put to the Test of Recent Armed Conflicts*. Leiden: Nijhoff, 2010, pp. 411-483.

HORVITZ LENNON, María Inés. “Amnistía y prescripción en causas sobre violación a los Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 2, 2006, pp. 216-225.

HOSS, Cristina/VILLALPANDO, Santiago/SIVAKUMARAN, Sandesh. “Nicaragua: 25 Years Later”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25(1), marzo 2012, pp. 131-133.

HUHLE, Reiner. “Non-State Actors of Enforced Disappearance and the UN Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance”, *Humanitäres Völkerrecht*, vol. 26, 2013, pp. 21-26.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Côte d'Ivoire: Pro-Gbagbo Forces Abducting Opponents*. [En línea]. *Human Rights Watch*, 24 de diciembre de 2010. Disponible en <<http://www.hrw.org/news/2010/12/23/cote-d-ivoire-pro-gbagbo-forces-abducting-opponents>>. [Consulta: 9 de mayo de 2014].

- *Côte d'Ivoire: Violence Campaign by Security Forces, Militias*. [En línea]. *Human Rights Watch*, 27 de enero de 2011. Disponible en <<http://www.hrw.org/es/news/2011/01/26/c-te-d-ivoire-violence-campaign-security-forces-militias>>. [Consulta: 9 de mayo de 2014].
- *The United States' «Disappeared». The CIA's Long-Term «Ghost Detainees»*. [En línea]. *Human Rights Watch*, 12 de octubre de 2004. Disponible en



<http://www.hrw.org/report.s/2004/10/12/united-states-disappeared-cias-long-term-ghost-detainees>>. [Consulta: 9 de julio de 2014].

HUYCK, Daniel J. “Fade to Black: El-Masri v. United States Validates the Use of the State Secrets Privilege to Dismiss «Extraordinary Rendition» Claims”, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 17, 2008, pp. 435-474.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *The Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights in Armed Conflicts in which Non-State Entities are Parties* [En línea]. *Institut de Droit International*, Berlín, 25 de agosto de 1999. Disponible en [http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1999\\_ber\\_03\\_en.PDF](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1999_ber_03_en.PDF)>. [Consulta: 14 de mayo de 2014].

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORDEN DE ABOGADOS DE PARÍS. “Proyecto de Convención Internacional sobre la Desaparición forzada de Personas”, en *La Desaparición*. Crimen contra la Humanidad. TAPPATA DE VALDEZ, Patricia (ed.). Buenos Aires: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987, pp. 313-336.

INTELISANO, Antonio. “Gli ordini gerarchici e le prescrizioni di legge”, en LATTANZI, Giorgio/MONETTI, Vito (coords.). *La Corte Penale Internazionale*. Organi-Competenza-Reati-Processo. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 497-491.

INTERNATIONAL CAMPAIGN TO BAN LANDMINES. *Non-State Armed Groups* [En línea]. *International Campaign to Ban Landmines*. Disponible en <http://www.arabic.icbl.org/index.php/icbl/Universal/MBT/Non-State-Armed-Groups>>. [Consulta: 23 de julio de 2014].

INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS POLICY. *Ends and Means: Human Rights Approaches to Armed Groups*. Versoix: s.e., 2000.

JALLOW, Hassan. “The Legal Framework of the Special Court for Sierra Leona”, AMBOS, Kai/OTHTMAN Mohamed (eds.). *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2003, pp. 149-171.

JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. “Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho Internacional?”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 18, 2002, pp. 63-124.

- “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 63, nº 2, 2011, pp. 11-50.

JOSEPH, Sarah. *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*. Oxford-Portland: Hart, 2004.

- JOSEPH, Sarah/SCHULTZ, Jenny/CASTAN, Melissa. *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary* (2000). Oxford: Oxford University Press, 2004.
- KALSHOVEN, Frits. “State Responsibility for Warlike Acts of the Armed forces. From Article 3 to Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, pp. 827-858.
- KALSHOVEN, Frits/ZEGVELD, Liesbeth. *Constraints on the Waging of War. An Introduction to International Humanitarian Law*. (2001). 4<sup>a</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press/International Committee of the Red Cross, 2011.
- KASHYAP, Subhash. “The Framework of the Prosecution in Cambodia”, en, AMBOS, Kai/OTHMAN, Mohamed (eds.). *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2003, pp. 189-205.
- KLABBERS, Jan. “(I Can’t Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors”, en BIANCHI, Andrea (ed.), *Non-State-Actors and International Law*. Dartmouth: Ashgate, 2009, pp. 37-55.
- KLEFFNER, Jann K. “Protection of the Wounded, Sick and Shipwrecked”, en FLECK, Dieter. *The Handbook of International Humanitarian Law* (1995). 2<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 325-365.
- KOIVUROVA, Timo. “Due Diligence” [En línea], *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Rüdiger Wolfrum (ed.), 2011. Disponible en <http://opil.ouplaw.com/home/epil>. [Consulta: 21 de junio de 2014].
- KRAMER, David/WEISSBRODT, David. “The 1980 U.N. Commission on Human Rights and the Disappeared”, *Human Rights Quarterly*, vol. 18, n° 1, February 1981, pp. 18-33.
- KRESS, Claus “L’organe *de facto* en Droit international public. Réflexions sus l’imputation a l’état de l’acte d’un particulier a la lumière des développements récents”, *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, pp. 93-144.
- KRITZ, Neil J. “Uruguay”, en KRITZ, Neil J. (ed.), *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. 3 vols. Washington D. C.: United States Institute for Peace Press, 1995, t. II (Country Studies), pp. 383-430.
- KYRIAKOU, Nikolas. KYRIAKOU, Nikolas. *An Affront to the Conscience of Humanity: Enforced Disappearance in International Human Rights Law*. Director: Martin SCHEININ. Tesis doctoral. European University Institute, Department of Law, Florence, 2012.

- “Enforced disappearances in Cyprus: problems and prospects of the case law of the European Court of Human Rights” [En línea]. *Interdisciplinary Research Cell in Human Rights – CRIDHO*. CRIDHO Working 2011/01. Disponible en <http://cridho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/CRIDHO%20WP%202011-01.pdf>. [Consulta: 20 de mayo de 2014].
  - “Enforced Disappearances in Cyprus: Problems and Prospects of the Case Law of the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 2, 2011, pp. 190-199.
  - “*The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions to International Human Rights Law, with Specific Reference to Extraordinary Rendition*”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, Issue 1, 2012, pp. 1-38.
- LASOK, Dominic. “The Eichmann Trial”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, n° 2, april 1962, pp. 355-374.
- LESSA, Francesca. “Barriers to Justice: The *Ley de Caducidad* and Impunity in Uruguay”, en LESSA, Francesca/PAYNE, Leigh A. (eds.). *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 123-151.
- LETTY, Franck. “Actions and Omissions”, en en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.); Parlett, Kate (ed. asistente). *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 355-363.
- LINGHAMMAR, Philipp, *A study of the international legal instruments addressing enforced disappearance* [en línea], Lund: Lunds Universite-Human Rights Studies, 2009. Disponible en <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1316380&fileId=1316381> >. [Consulta: 11 de julio de 2014].
- LIPPMAN, Matthew. “Disappearances: Towards a Declaration on the Prevention and Punishment of the Crime of Enforced or Involuntary Disappearances”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4, Issue 1, Fall 1988, pp. 121-141.
- LO GIUDICE, Alicia. “Derecho a la Identidad: Restitución, apropiación, filiación. Desplazando los límites del discurso”, en LO GIÚDICE, Alicia (compil.), *Centro de Atención por el Derecho a la Identidad de Abuelas de Plaza de Mayo*. Psicoanálisis: identidad y transmisión. Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo, 2008, pp. 25-33.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Colombia”, en AMBOS, Kai/CORREA, Juliana (coords.). *Desapariciones forzada de personas*. Análisis comparado e internacional. Bogotá: Temis, 2009, pp. 77-103.

LOZANO CONTRERAS, José Fernando. *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*. Barcelona: Atelier-Universidad de Alicante, 2007.

MALARINO, Ezequiel. “La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos: un resumen comparativo”, en AMBOS, Kai/GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/VOGLER, Richard (ed.), *La policía en los estados de Derecho latinoamericanos*. Un proyecto internacional de investigación. Bogotá/Medellín: Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pp. 577-627.

MALLINDER, Louise. “Uruguay’s Evolving Experience of Amnesty and Civil Society’s Response” [En línea], en Institute of Criminology and Criminal Justice-Queen’s University, *Beyond Legalism. Amnesties, Transition and Conflict Transformation*, Belfast, Working Paper n° 4, 2009. Disponible en <http://www.qub.ac.uk/schools/SchoolofLaw/Research/InstituteofCriminologyandCriminalJustice/Research/BeyondLegalism/filestore/Filetoupload,152142,en.pdf>. [Consulta: 5 de agosto de 2014].

MANERO SALVADOR, Ana. “Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 28, 2012, 106-141.

MAÑALICH, Juan Pablo. “El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 5, 2004, pp. 11-33.

MARCOUX Jr., Laurent. “Protection from Arbitrary Arrest and Detention Under International Law”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 5, issue 2, summer 1982, pp. 345-376.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. “Crimen de feminicidio y prevención de la tortura: a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Campo Algodonero (2009)”, en RODRIGO, Angel J./GARCÍA, Catalina (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*. Coloquio en Homenaje a Oriol Casanova. Barcelona 21-22 de mayo de 2009. Madrid: Tecnos, 2011, pp. 459-471.

- *Derecho Internacional Público*. Parte General (1993). 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005.
- “El Comentario General núm. 2 a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura: *de lege lata y de lege ferenda*”, en BADIA MARTÍ, Anna Mª/PIGRAU SOLÉ, Antoni/OLESTI RAYO, Andreu (coords.). *Derecho Internacional y Comunitario ante los Retos de Nuestro Tiempo*. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia. 2 vols. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, t. 1 (El Derecho Internacional ante los retos de nuestro tiempo), pp. 447-455.
- “En torno a la prohibición internacional de la tortura”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio et al. (eds.), *Pacis Artes*. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos. 2 vols. Madrid:

Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, 2005, t I (Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario y de la Unión Europea), pp. 401-418.

- “La Convención contra la Tortura”, en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, pp. 243-278.
- “Modelos actuales de cooperación entre la Justicia Internacional y la justicia penal interna para impedir la impunidad de grandes criminales internacionales”, en CARDONA LLORENS, Jorge/PUEYO LOSA, Jorge Antonio/RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis/SOBRINO HEREDIA, José Manuel (eds.) y AZNAR GÓMEZ, Mariano J. (coord.). *Estudios de Derecho Internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. 2 vols. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, t. 1, pp. 775-790.
- “Responsabilidad e Irresponsabilidad de los Estados y Derecho Internacional”, en PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel et al. (org.), *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo*. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 473-487.
- “Sobre ciertos aspectos de la unidad del orden jurídico internacional”, *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos* (Escuela Social de Granada), vol. VIII-IX, 1979-1980, pp. 105-128.
- “Sobre el Proyecto de Observación General Nº 2 a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura”, en VV. AA. *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales*. Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces Barba. 4 vols. Madrid: Dykinson, 2008, t. III, pp. 827-839.
- “Una reflexión sobre la posible configuración del crimen internacional de feminicidio”, en MARIÑO, Fernando M. (dir.) y ALCOCEBA Gallego, Amparo/QUISPE REMÓN, Florabel (coords.). *Feminicidio. El fin de la impunidad*. Valencia: Universidad Carlos III/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 109-122.

MARKS, Susan/AZIZI, Fiorentina. “Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: International Mechanisms”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 725-737.

MARTIN, Sophie. “The Missing”, *International Review of the Red Cross*, vol. 84, nº 848, December 2002, pp. 723-726.

MATHIA, Stephen. “The 2005 Judicial Activity of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, vol. 100, Issue 3, July 2006, pp. 629-649.

MCCRORY, Susan. “The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance”, *Human Rights Law Review*, vol. 7, issue 3, 2007, pp. 545-566.

- MCGUINNESS, Margaret E. “Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo: The ICJ Finds Uganda Acted Unlawfully and Orders Reparations”, *American Society of International Law, ASIL Insights*, 9 de enero de 2006. Disponible en <<http://www.asil.org/insights/volume/10/issue/1/case-concerning-armed-activities-territory-congo-icj-finds-uganda-acted>>. [Consulta: 26 de junio de 2013].
- MEDELLÍN, Ximena. “El papel de las víctimas ante el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos”, en OLÁSULO ALONSO, Héctor /CUENCA CURBELO, Salvador (coords.). *Perspectiva iberoamericana sobre la Justicia penal internacional*. Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 211-227.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia/NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección* (2007). Edición actualizada por Valeska David Contreras e Ignacio Mujica Torres y revisada por los autores. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.
- MÉNDEZ, Juan E./VIVANCO, José Miguel. “Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience”, *Hamline Law Review*, vol. 13, issue 3, summer 1990, pp. 507-577.
- MEINI, Iván, “Perú”, en AMBOS, Kai/CORREA, Juliana (coords.). *Desapariciones forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis, 2009, pp. 106-131.
- MEINTJES, Garth/ MÉNDEZ, Juan E. “Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction”, *International Law Forum du Droit International*, vol. 2, Issue 2, 2000, pp. 76-97.
- MERON. “Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout”, *The American Journal of International Law*, vol. 92, nº 2, abril 1998, pp. 236-242.
- *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989). Reimpresión. Oxford: Oxford University Press, 1991.
  - “International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials”, *British Yearbook of International Law*, vol. 33, 1957, pp. 85-114.
- MESSINEO, Francesco. “«Extraordinary Renditions» and State Obligations to Criminalize and Prosecute Torture in the Light of the Abu Omar Case in Italy”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, Issue 5, 2009, pp. 1023-1044.
- MIGNONE, Emilio. “Los decretos de indulto en la República Argentina” [En línea]. *Equipo Nizkor*. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/indultos.html>>. [Consulta: 7 de mayo de 2014].
- MILANOVIĆ, Marko. “State Responsibility for Acts of Non-state Actors: A Comment on Griebel and Plücker”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, 2009, pp. 307-324.

- “State Responsibility for Genocide”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, n° 3, 2006, pp. 553-604.

MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. “El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS, Kai/ MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 193-209.

- “La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos”, en AMBOS, Kai/CORREA, Juliana (coords.). *Desapariciones forzada de personas*. Análisis comparado e internacional. Bogotá: Temis, 2009, pp. 180-193.

MOIR, Lindsay. *The Law of Internal Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. “La desaparición forzada de personas en América Latina”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. 10 vols. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1996, t. VII, pp. 64-129.

MOMTAZ, Djamchid. “Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 237-246.

MORENO FERNÁNDEZ, Abel G., “La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 12, 2006, pp. 1-44.

MOWBRAY, Alastair. *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights* (2001). 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MÜLLER, Jörg Paul/COTTIER, Thomas. “Acquiescence”, en BERNHARDT, Rudolf (dir.). *Encyclopedia of Public International Law*. 5 vols. Amsterdam-London-New York-Tokyo: North-Holland, t. I, 1992, pp. 14-16.

NIKKEN, Pedro. “El concepto de derechos humanos”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo/NIETO LOAIZA, Rafael (comps.). *Estudios básicos de derechos humanos I*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, pp. 15-37.

NINO, Michele. “The Abu Omar Case in Italy and the Effects of CIA Extraordinary Renditions in Europe on Law Enforcement and Intelligence Activities”, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 78, Issue 1-2, 2007, pp. 113-141.

- NISHIMURA, Yumi. "Source of the Obligation", en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 365-369.
- NISSEL, Alan. "Continuing Crimes in the Rome Statute", *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, Issue 3, Spring 2004, pp. 653-689.
- NOWAK, Manfred. "Disappearances in Bosnia-Herzegovina", en O'FLAHERTY, Michael/GISVOLD, Gregory (eds.), *Post War Protection of Human Rights in Bosnia and Herzegovina*. La Haya-Londres-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 107-121.
- "Extraordinary Renditions, Diplomatic Assurances and the Principle of Non-Refoulement", en KÄLIN, Walter/KOLB, Robert/SPENLÉ, Christoph A./VOYAME, Maurice D. (eds.) *International Law, Conflict and Development*. The Emergence of a Holistic Approach in International Affairs. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2010, pp. 107-134.
  - "Monitoring Disappearances-The Difficult Path from Clarifying Past Cases to Effectively Preventing Future Ones", *European Human Rights Law Review*, nº 4, 1996, pp. 348-361.
- NOWAK, Manfred/MCARTHUR, Elizabeth. *The United Nation Convention Against Torture. A Commentary*. Oxford : Oxford University Press, 2008.
- NUREMBERG INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, 42 vols. Nuremberg: Nuremberg International Military Tribunal, 1946.
- OFFICE OF THE UNITED STATES CHIEF OF COUNSEL FOR PROSECUTION OF AXIS CRIMINALITY. *Nazi Conspiracy and Aggression*, 8 vols. Washington: United States Government Printing Office, 1946.
- OKOWA, Phoebe N. "Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, Issue 3, July 2006, pp. 742-753.
- OLÁSOLO, Héctor. "Ámbito de aplicación del Derecho penal como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución", en SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/DEMETRIO, Eduardo (eds.). *Legislación Antiterrorista y Estado de Derecho*. Madrid: Colex-Universidad de Castilla la Mancha, 2009, pp. 603-653.
- OLÁSOLO, Héctor/PÉREZ CEPEDA, Alicia. *Terrorismo internacional y conflicto armado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- OLLÉ SESSÉ, Manuel. *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*. Madrid: La Ley, 2008.



- ORAKHELASHVILI, Alexander. "Division of Reparation between Responsible Entities", en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.); Parlett, Kate (ed. asistente). *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 647-665.
- "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong", *The European Journal of International Law*, vol. 18, nº 5, 2007, pp. 955-970.
- ORENLICHTER, Diane F. "Settling Accounts: The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Violation of a Prior Regime", en KRITZ, Neil J. *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* (1995). 2ª impresión. 3 vols. Washington: United States Institute of Peace Press, 2004, pp. 375-416.
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. "La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial", en ALDECOA LUZARRAGA, Francisco (dir.), *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2000*. Madrid: Tecnos/Bilbao: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2001, pp. 159-238.
- OTHMAN, Mohamed. "The Framework of Prosecution and the Court System in East Timor", en AMBOS, Kai/OTHMAN, Mohamed (eds.). *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*, Kai Ambos y Mohamed Othman (eds.). Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2003, pp. 85-112.
- OTT, Lisa. *Enforced Disappearances in International Law*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2011.
- PALCHETTI, Paolo. "Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati", en SPINEDI, Marina/GIANELLI, Alessandra/ALAIMO, Maria Luisa (coords.). *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*. Problemi e spunti di riflessione. Milano: Giuffré, 2006, pp. 3-24.
- *L'organo di fatto dello Stato nell' illecito internazionale*. Milano: Giuffré, 2007.
- PARAYRE, Sonia. "La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los derechos humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 29, 1999, pp. 25-67.
- PARENTI, Pablo F. "La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AMBOS, Kai/ MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 211-228.
- PAUST, Jordan J. "After Alvarez-Machain: Abduction, Standing, Denials of Justice, and Unaddressed Human Rights Claims", *Saint John's Law Review*, vol. 67, Issue 3, 1993, pp. 551-580.

- PAUWELIN, Joost. “The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems”, *The British Yearbook of International Law*, vol. 66(1), 1995, pp. 415-450.
- PELLET, Alain. “«Human Rightism» and International Law”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 10, 2000, pp. 3-16.
- “The Definition of Responsibility in International Law”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.). *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 3-16.
  - “The ILC'S Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 75-94.
- PÉREZ ACEVEDO, Juan Pablo. “Las desapariciones forzadas de personas en el Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº XXIII, 2007, pp. 355-387.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. “Derecho a la verdad y desapariciones forzadas durante la guerra civil y el franquismo: una perspectiva desde el Derecho internacional”, en ESCUDERO ALDAY, Rafael/PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (eds.), *Desapariciones Forzadas, Represión Política y Crímenes del Franquismo*. Madrid: Trotta, 2013, pp. 55-76.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. “Derecho Humanitario y Derechos Humanos: una apuesta por la convergencia”, en PUEYO LOSA, Jorge/ URBINA, Julio Jorge (coords.), *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad Internacional en Transición*. Santiago de Compostela: Cruz Roja Española/Tórculo Ediciones, 2002, págs. 17-37.
- PÉREZ SOLLA, María Fernanda. *Enforced Disappearances in International Human Rights*. Jefferson: McFarland & Company, 2006.
- PICTET, Jean et al. *Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions*. Geneva: International Committee of the Red Cross/Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- PILLITU, Paola Anna. “Crimini Internazionali, immunità diplomatiche e segreto di stato nella sentenza del Tribunale di Milano nel caso *Abu Omar*”, *Rivista di Diritto Internazionalle*, vol. 93, nº 3, 2010, pp. 666-696.
- PINTO, Mónica. “El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín/COURTIS, Christian (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto/CELS, 1997, pp. 163-171.

PISILLO MAZZESCHI, Riccardo. *“Due Diligence” e responsabilità internazionale degli stati*. Milano: Giuffrè, 1989.

- “Responsabilité de l’état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme”, en ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL. *Recueil des Cours*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 333, 2008. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 174-506.
- “The Marginal Role of the Individual in the ILC's Articles on State Responsibility”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 14, 2004, pp. 39-51.

PREUSS, Lawrence. “Settlement of the Jacob Kidnapping Case”, *American Journal of International Law*, vol. 30, Issue 1, January 1936, pp. 502-507.

PRZETACZNIK, Franciszek. “The International Responsibility of the States for Ultra Vires Acts of their Organs”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 61, 1983, pp. 67-80, 129-160.

QUADRI, Rolando. *La sudditanza nel Diritto internazionale*. Padova: Cedam, 1936.

QUENEUDEC, Jean-Pierre, *La Responsabilité Internationale de l’Etat pour les Fautes Personnelles de ses Agents*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.

QUIGLEY, John. “Our men in Guadalajara and the Abduction of Suspects Abroad: a Comment on United States v. Alvarez-Machain”, *Notre Dame Law Review*, vol. 68, 1993, Issue 4, pp. 723-746.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*. 2 vols. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Francisco de Vitoria, 1955.

QUISPE REMÓN, Florabel. *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

- “Los derechos humanos como límite a la voluntad popular: el caso Gelman”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 64, nº 1, 2012, pp. 243-247.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La Prescripción Penal: Fundamento y Aplicación*. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal. Barcelona: Atelier, 2004.

RAMACCI, Fabrizio. “Segreto di Stato, *salus rei publicae* e «sbarramento» ai p.m.”, *Giurisprudenza Costituzionale*, anno LIV, fasc. 2, marzo-aprile 2009, pp. 1015-1020.

RAMCHARAN, Bertrand G. “State Responsibilities for Violation of Human Rights Treaties”, en CHENG, Bin/BROWN, E. D. (eds.). *Contemporary Problems of International Law: Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday*. London: Stevens and Sons, 1988, pp. 242-261.

- REICHLER, Paul S. “The Impact of the *Nicaragua* Case on Matters of Evidence and Fact-Finding”, *Leiden Journal of International Law*, 25, 2012, pp. 149-156.
- REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003.
- RIGHI, Esteban. “Los límites de la persecución penal y la tutela de derechos fundamentales”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 2, n° 3, 1996, pp. 187-208.
- RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN. *Canales Bermejo vs. España*, demanda n° 54264/12 [En línea]. *Rights International Spain*. Disponible en <<http://ris.hrahead.org/casos/casos-de-ris/caso-canales-bermejo-c-espana-tedh/documentacion-del-caso>>. [Consulta: 21 de mayo de 2014].
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. “El delito de usurpación y el problema de su prescripción”, *Gaceta Jurídica*, N° 48, 1984, pp. 141-154.
- RIVERA JUARISTI, Francisco J. “La competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*”, *Revista CEJIL*, año IV, n° 5, diciembre 2009, pp. 20-37.
- RIVIER, Raphaële. “Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: Inter-American Mechanisms”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 739-761.
- ROBINS, Simon. “Towards Victim-Centred Transitional Justice: Understanding the Needs of Families of the Disappeared in Postconflict Nepal”, *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 5, 2011, pp. 75-98.
- ROBINSON, Darryl. “Defining ‘Crimes Against Humanity’ at the Rome Conference”, *American Journal of International Law*, vol. 93, No. 1, enero 1999, pp. 43-57.
- RODLEY, Nigel/POLLARD, Matt. *The Treatment of Prisoners under International Law* (1987). 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- RODRIGUEZ ARIAS, Miguel Ángel. *El caso de los niños perdidos del franquismo*. Crimen contra la humanidad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego/MARTIN, Claudia. *The Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Inter-American Human Rights System*. A Handbook for Victims and their Advocates. Ginebra: World Organization Against Torture (OMCT), 2006.
- ROMBOUTS, Heidy/SARDARO, Pietro/VANDEGINSTE, Stef. “The Right of Reparation for Victims of Gross and Systematic Violations of Human Rights”, en DE FEYTER, Koen et al. (eds.), *Out of the ashes*.

- Reparation for victims of gross and systematic human rights violations. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005, pp. 309-344.
- RONZITTI, Natalino. "La cattura di un individuo all'estero: in margine al caso Argoud", *Rivista di diritto internazionale*, vol. XLVIII, fasc. 1, 1965, pp. 64-79.
- ROUSSEAU, Charles. "L'aménagement de compétences en Droit international", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. XXXVII, 1930, pp. 420-460.
- RYAN, Daniel. "International Law: Prohibition on Refoulement - Remedies; Maher Arar v. John Ashcroft et al, 532 F.3d 157 (2d Cir. 2008)", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 32, Issue 3, 2009, pp. 739-750.
- SADAT, Leila Nadya. "Extraordinary Rendition, Torture, and Other Nightmares from the War on Terror", *The George Washington Law Review*, vol. 75, n° 5/6, agosto 2007, pp. 1200-1248.
- "Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, n° 2 y 3, 2006, pp. 309-342.
  - *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*. Ardsley: Transnational Publishers
- SÁEZ, Ramón. "Los crímenes de la dictadura y la negación de acceso a la jurisdicción", en ESCUDERO ALDAY, Rafael/PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (eds.), *Desapariciones Forzadas, Represión Política y Crímenes del Franquismo*. Madrid: Trotta, 2013, pp. 77-99.
- SALADO OSUNA, Ana. "Feminicidio: una perspectiva europea", en MARIÑO, Fernando M. (dir.) y ALCOCEBA GALLEGO, Amparo/QUISPE REMÓN, Florabel (coords.). *Feminicidio. El fin de la impunidad*. Valencia: Universidad Carlos III/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 141-175.
- SALMON, Jean. "Duration of the Breach", en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 383-396.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. "Sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (A propósito del Asunto *Matthews c. Reino Unido*)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 5, enero-junio 1999, pp. 95- 108.
- SANDOZ, Yves/SWINARSKI, Christophe/ZIMMERMANN/Bruno (revs. y coords.). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (1986)*. Trad. de José Chocomeli Lera, con la colaboración de Mauricio Duque Ortiz (Referencias: Margarita Serrano García y María Ecuyer). Bogotá: Plaza & Janés, 1998.

- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH, Marina. “El concepto de tortura en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁ CER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (eds.). *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. 2 vols. Madrid: Edisofer, 2008, t. II, pp. 2265-2284.
- SARKIN, Jeremy. “An Interview with Jeremy Sarkin, Chair-Rapporteur of the United Nations Working Group on Enforced and Involuntary Disappearances, on the Joint Study on Global Practices in Relation to Secret Detention”, *Essex Human Rights Review*, vol. 8, Issue 1, 2011, pp. 57-67.
- “Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained *Jus Cogens* Status in International Law”, *Nordic Journal of International Law* vol. 81, 2012, pp. 537-583.
- SASSÒLI, Marco. “La responsabilidad del Estado por las violaciones del Derecho internacional humanitario” [En línea], *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 846, 2002. Disponible en <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TECBX>. [Consulta: 18 de julio de 2014].
- SASSÒLI, Marco/TOUGAS, Marie Luis. “The ICRC and the Missing”, *International Review of the Red Cross*, vol. 84, n° 848, December 2002, pp. 727-750.
- SATTERTHWAITE, Margaret L. “The Story of El-Masri v. Tenet: Human Rights and Humanitarian Law in the «War on Terror»”, en HURWITZ, Deena/SATTERTHWAITE, Margaret L./FORD, Douglas B. (eds.), *Human Rights Advocacy Stories*. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009, pp. 535-577.
- SCHABAS, William. “*Lex Specialis*? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of *Jus ad Bellum*”, *Israel Law Review*, vol. 40, issue 2, spring 2007, pp. 592-613.
- *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- SCOVAZZI, Tullio/CITRONI, Gabriella. *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nation Convention*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2007.
- SEAMAN, Perry John. “International Bounty hunting: A Question of State Responsibility”, *California Western International Law Journal*, vol. 15, Issue 2, Spring 1985, pp. 397-417.
- SERENI, Angelo Piero. *Diritto Internazionale*. 5 vols. Milano: Giuffrè, 1956-1966.
- SFERRAZZA TAIBI, Pietro. “¿Amnistías democráticas? El caso *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un caso práctico para una reflexión teórica”, en ALDA MEJÍAS, Sonia et al. (coords.). *La seguridad. Un Concepto amplio y Dinámico*. V Jornadas de Estudios de Seguridad. Madrid, 7, 8, y 9 de mayo de 2013. Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, 2013, pp. 93-124.

- *La responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de personas*. Directora: Ana Manero Salvador. Tesina de Máster. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, 2011.
- SHAW, Malcom N. *International Law* (1977). 6ª ed. Cambridge University Press, 2008.
- SHELTON, Dinah. “State Responsibility for Covert and Indirect forms of Violence”, en MAHONEY, Kathleen E./MAHONEY, Paul (eds.). *Human Rights in the Twenty-First Century. A Global Challenge*. Dordrecht/Boston/ London: Martinus Nijhoff, 1993, pp. 265-276.
- “The Right to Reparation for Acts of Torture: What- Rights, What Remedies”, *Torture*, vol. 17, nº 2, 2007, pp. 96-116.
  - “The United Nations Principles and Guidelines on Reparations: Context and Contents”, en DE FEYTER, Koen et al. (eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005, pp. 11-33.
- SHUE, Henry. *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy* (1980). 2ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- SIERRA LEONE TRUTH & RECONCILIATION COMMISSION. *Witness to Truth*. 3 vols. S.c.: Truth & Reconciliation Commission, Sierra Leone, 2004.
- SIMMA, Bruno. “Human Rights” en TOMUSCHAT, Christian (ed.), *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 1995, pp. 263-280.
- “Human Rights and State Responsibility”, en REINISCH, August/KRIEBAUM, Ursula (eds.). *The Law of International Relations*. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold. Utrecht: Eleven International Publishing, 2007, pp. 359-381.
  - “International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis”, en Academy of European Law (ed.). *The Collected Courses of the Academy of European Law. The Protection of Human Rights in Europe*, vol. IV, book 2. The Hague: Martinus Nijhoff, 1995, pp. 153-236.
- SIMMA, Bruno/PULKOWSKI, Dirk. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, nº 3, 2006, pp. 483-529.
- “*Lege Speciales* and Self-Contained Regimes”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 139-163.
- SINCLAIR, Ian. *The International Law Commission*. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1987.
- SINGER, Peter W. “Outsourcing War”, *Foreign Affairs*, vol. 84, nº 2, 2005, pp. 119-132.

- “The Regulation of New Warfare” [En línea]. *Brookings*, febrero 2010. Disponible en <http://www.brookings.edu/research/opinions/2010/02/27-defense-regulations-singer>. [Consulta: 9 de mayo de 2014].
  
- SLUITER, Göran K. “Co-operation with the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda”, en FISCHER, Horst/KREB, Klaus/ROLF LÜDER, Sascha (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law. Current Developments*. Berlín: BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, pp. 681-725.
  
- SLYE, Ronald C. “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, issue 1, Fall 2002, pp. 173-247.
  
- SPERDUTI, Giuseppe. “Responsibility of States for Activities of Private Law Persons”, en *Encyclopedia of Public International Law*. 5 vols. Amsterdam-London-New York-Tokyo: North-Holland, t. IV, 1992, pp. 216-219.
  
- SPIGA, Valentina. “Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione Europea dei Diritti dell’ uomo: el caso *Alikaj c. Italia*”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCIV, fasc. 4, 2011, pp. 1176-1196.
  
- SPINEDI, Marina. “L’attribuzione allo Stato dei comportamenti di gruppi da esso sostenuti nella sentenza della Corte internazionale di giustizia sul genocidio in Bosnia-Erzegovina”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XC, fasc. 2, 2007, pp. 417-425.
  
- SPIRER, Herbert F./SPIRER, Louise. “Accounting for Human Rights. Violation by Non-State Actors”, en ANDREOPOULOS, George/ ARAT, Zehra F. Kabasakal/JUVILER, Peter. *Non State Actors in the Human Rights Universe*. Bloomfield: Kumarian Press, 2006, pp. 43-55.
  
- STARKE, Joseph Gabriel, “Imputability in International Delinquencies”, *British Yearbook of International Law*, vol. XIX, 1939, pp. 104-117.
  
- STEINER, Henry J. “International Protection of Human Rights”, en STEINER, Henry J./EVANS, Malcom D. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 784-813.
  
- STEINER, Henry J./ALSTON, Philip/GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context* (1996). Law, Politics, Morals. Texts and Materials. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
  
- STERN, Brigitte. “The Elements of an Internationally Wrongful Act”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 193-220.
  
- STEVENS, Philip. “The International Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances - A Welcoming Response to a Worldwide Phenomenon with Limited Relief”,



*Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg. Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, vol. 73(3), 2010, pp. 368-383.

TAYLER, Wilder. “Background to the Elaboration of the Draft International Convention for the Protection of all Persons for Enforced Disappearances”. *International Commission of Jurists. The Review*, nº 62-63, 2001, pp. 63-72.

TAVERNIER, Paul. “Relevance of the Intertemporal Law”, en CRAWFORD, James/PELLET, Alain/OLLESON, Simon (eds.) y PARLETT, Kate (ed. asistente), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 397-403.

TEITELBAUM, Alejandro. “La Nueva Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas” [En línea]. *América Latina en Movimiento*, 23 de diciembre de 2006. Disponible en <<http://alainet.org/active/15151&lang=es>>. [Consulta: 6 de mayo de 2014].

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law*. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States [En línea], 1987. Disponible en <Westlaw International>. [Consulta: 12 de julio de 2014].

THE ASIA PACIFIC FORUM OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS. *Minimum Interrogation Standards*, en *Reference on Torture*. Final Report, 24- 26 de agosto 2005, Ulaanbaatar, Mongolia.

TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights*. Between Idealism and Realism. Oxford: Oxford University Press, 2003.

TOWNSEND, Gregory. “State Responsibility for Acts of De Facto Agents”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, Issue 3, 1997, pp. 635-678.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Analysis of Statistics 2013* [En línea]. *European Court of Human Rights*, enero 2014. Disponible en <[http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2013\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2013_ENG.pdf)>. [Consulta: 22 de mayo de 2014].

UERPMMANN-WITZACK, Robert. “Armed Activities on the Territory of the Congo Cases” [En línea], *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Rüdiger Wolfrum (ed.), 2011. Disponible en <<http://opil.ouplaw.com/home/epil>>. [Consulta: 21 de junio de 2014].

UNIÓN INTERPARLAMENTARIA/COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Las personas desaparecidas*. Guía para los parlamentarios. Ginebra/Nueva York: Unión Interparlamentaria/Oficina del Observador Permanente de la UIP ante la ONU/Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAM MUSEUM. *Holocaust Encyclopedia* [En línea]. *United States Holocaust Memorial Museum*. Disponible en

<<http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005454>>. [Consulta: 9 de julio de 2014].

UPRETY, Kishor. “Against Enforced Disappearance: the Political Detainees’ Case before the Nepal Supreme Court”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, Issue 2, July 2008, pp. 429-457.

UPRIMNY, Rodrigo. “Introducción”, en UPRIMNY YEPES, Rodrigo (Dir.). *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: 2006, DeJuSticia, pp. 13-16.

VALADÉS, Diego. “Reflexiones sobre la Cooperación Jurídica Internacional”, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*. 2 vols. San José de Costa Rica: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, t. II, pp. 1471-1483.

VALENCIA VILLA, Hernando. “La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional”, en RIPOL CARULLA, Santiago/VILLÁN DURÁN, Carlos (dirs.). *Justicia de Transición: el caso de España*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2012, pp. 185-198.

VAN BOVEN, Theo. “Non-State Actors. Introductory Comments [1997]”, en COOMANS, Fons/ FLINTERMAN, Cees/GRUNFELD, Fred/ WESTENDORP, Ingrid/WILLEMS, Jan (eds.). *Human Rights from Exclusion to Inclusion. Principles and Practice: An Anthology from the Work of Theo Van Boven*. La Haya: Kluwer Law International, 2000, pp. 363-369.

- “Victims’ Rights to a Remedy and Reparation: the New United Nations principles and Guidelines”, en FERSTMAN, Carla/GOETZ, Mariana/STEPHENS, Alan (eds.), *Reparation for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*. Leiden: Brill, 2009, pp. 19-40.

VENTURINI, Gabriella. “International Law and the Offence of Enforced Disappearance”, en VENTURINI, Gabriella/BARIATTI, Stefania (eds.). *Liber Fausto Pocar*. 2 vols. Milano: Giuffré, 2009, t. 1 (Diritti individuali e giustizia internazionale. Individual Rights and International Justice. Droit individuels et justice internationale), pp. 939-954.

VERMEULEN, Marthe Lot. *Enforced Disappearance. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012

- “«Living beyond Death»: Torture or other Ill-Treatment Claims in Enforced Disappearances Cases”, *Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, 2008, Issue 2, pp. 159-198.
- “The Duty to Take Preventive operational Measures. An Adequate Legal Tool to Hold States Responsible in Enforced Disappearance Cases?” en BUYSE, Antoine. *Margins of Conflict. The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2011, pp. 153-174.

VIBHUTE, Khushal. “The 2007 International Convention against Enforced Disappearance: Some Reflections”, *Mizan Law Review*, vol. 2, n° 2, 2008, pp. 287-310.

- “Tullio Scovazzi & Gabriella Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007)”, *Asian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2007, pp. 323-329.

VIGANÓ, Francesco. *Il caso Abu Omar: le motivazioni della sentenza di rinvio della Corte d'Appello che condanna vertici e funzionari del SISMI* [En línea], *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 de abril de 2013. Disponible en <<http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/18-/2212-il-caso-abu-omar-le-motivazioni-della-sentenza-di-rinvio-della-corte-d-appello-che-condanna-vertici-e-funzionari-del-sismi/>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

- *La sentenza di cassazione nel caso Abu Omar*. [En línea], *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 de diciembre de 2012. Disponible en <<http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1911-la-sentenza-della-cassazione-sul-caso-abu-omar/>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].
- *Prima condanna della Corte di Strasburgo in un caso di extraordinary rendition*. [En línea], *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 de diciembre de 2012. Disponible en <<http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/1947-prima-condanna-della-corte-di-strasburgo-in-un-caso-di-extraordinary-rendition/>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

VILLALTA, Carla. “El circuito institucional de la apropiación: procedimientos, sentidos y narrativas acerca de la adopción de niños”, en Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo (compil.). *El papel del sistema de justicia frente a violaciones masivas a los derechos humanos*. Problemáticas actuales. Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo, 2008, pp. 157-192.

VILLÁN DURÁN, Carlos. “Contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España”, en RIPOL CARULLA, Santiago/VILLÁN DURÁN, Carlos (dirs.). *Justicia de Transición: el caso de España*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2012, pp. 9-25.

- *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Trotta: Madrid, 2006.
- “La Convención contra la Tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en el Derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 37, n° 2, 1985, pp. 377-402.

VILLANUEVA FLORES, Rocío. “Feminicidio y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en MARIÑO, Fernando M. (dir.) y ALCOCEBA Gallego, Amparo/QUISPE REMÓN, Florabel (coords.). *Feminicidio*. El fin de la impunidad. Valencia: Universidad Carlos III/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 253-277.

- VON HEBEL, Herman/ ROBINSON, Darryl. “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en LEE, Roy S. (ed.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*. La Haya/Londres/Boston: Kluwer Law International/Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 79-126.
- WASHINGTON UNIVERSITY SCHOOL OF LAW/WHITNEY R. HARRIS WORLD LAW INSTITUTE/INICIATIVA SOBRE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. *Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad* [En línea], en Whitney R. Harris *World Law Institute*, trad. a cargo del Instituto Iberoamericano de La Haya para la paz, los derechos humanos y la justicia internacional (IIH) y supervisada por Salvador Cuenca Curbelo, agosto 2010. Disponible en <http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/wp-content/uploads/2012/01/CAH-Draft-Convention-Spanish-Translation-January-2012-FINAL.pdf>. [Consulta: 13 de abril de 2014].
- WEISS, Ben. *Natzweiler-Struthof* [En línea]. *The Jewish Virtual Library*. Disponible en <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/natzweiler.html> . [Consulta: 9 de julio de 2014].
- WENDLAND, Lane. *A Handbook on State Obligations under the UN Convention against Torture*. Geneva: Association for the Prevention of Torture (APT), 2002.
- WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional* (2005). 2ª ed. Traducción de Claudia Cárdenas Aravena, Jaime Couso Salas y María Gutiérrez Rodríguez, coordinados por María Gutiérrez Rodríguez. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- WHITE, Nigel D. “The Privatization of Military and Security Functions and Human Rights: Comments on the UN Working Group’s Draft Convention”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, Issue 1, March 2011, pp. 133-151.
- WHITEMAN, Marjorie M. “Jus Cogens in International Law, with a Projected List”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 1977, pp. 609-626.
- WILKITZKI, Peter. “German Government Not Obligated to Seek Extradition of CIA Agents for ‘Extraordinary Rendition’ Comments on the *El-Masri* Judgment of the Cologne Administrative Court”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, Issue 5, pp. 1117-1127.
- WITSCHERL, Georg/RÜCKERT, Wiebke. “Article 7(1)(i)-Crime Against Humanity of Enforced Disappearance of Persons”, en LEE, Roy S. (ed.). *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*. La Haya/Londres/Boston: Kluwer Law International/Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 98-103.
- YUSSEF SOTOMAYOR, Gonzalo. *La Prescripción Penal* (1987). 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

ZEGVELD, Liesbeth. *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

ZELLWEGGER-MONIN, Renée. "Addressing the Phenomenon of Missing Persons: a Major Challenge in International Law and Practice", en CICR. *Report of the Second Universal Meeting of National Committees on International Humanitarian Law*. Geneva, 19-21 March 2007. Legal Measures and Mechanisms to Prevent Disappearances, to Establish the Fate of Missing Persons, and to Assist Their Families. Ginebra: ICRC, 2007, pp. 99-103.

ZEMANEK, Karl. "Does Codification Lead to Wider Acceptance?", en ONU. *International Law as a Language for International Relations*. The Hague: Kluwer Law International, 1996, pp. 224-229.

ZIEMELE, Ineta. "International Courts and Ultra Vires Acts", en CAFLISH, Lucius et al. (eds.). *Human Rights-Strasbourg Views: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*. Kehl: Engel, 2007, pp. 537-556.

## 2. JURISPRUDENCIA

### 2.1. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

#### ARBITRAJES

**Arbitral Tribunal (Great Britain-United States).** *Union Bridge Company (United States) vs. Great Britain*, 8 January 1924, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, pp. 138-142.

**Comisión Franco-Mexicana.** *Estate of Jean-Baptiste Caire (France) vs. United Mexican States*, 7 de junio de 1929, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, pp. 516-534.

**Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos.** *Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 27 de abril de 1927, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 265-268.

- *Francisco Mallén (United Mexican States) vs. United States of America*, 27 de abril de 1927, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 173-190.
- *Harry Roberts (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 2 de noviembre de 1926, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 77-81.
- *Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 16 November 1925, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 82-98.
- *Parker Massey (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 15 de abril de 1927, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 155-164.

- *Youmans (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 23 de noviembre de 1926, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 110-117.
- *William E. Chapman (U.S.A.) vs. United Mexican States*, 24 October 1930, vol. V, pp. 632-640.
- *William T. Way (U.S.A.) vs. United Mexican States*, decision, 18 de octubre de 1928, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 391-401.

**Comisión Holandesa-Venezolana.** *Maal case*, 1903, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 730-733.

**Mixed Claims Commission (United States and Germany).** *Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) vs. Germany (Sabotage Cases)*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VIII, pp. 101-127.

**Tribunal de Reclamación Irán-Estados Unidos.** *Eastman Kodak Company vs. The Government of Iran*, award n° 514-227-3, 1 de Julio de 1991, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 27, 1991, pp. 3-39.

- *Kathryn Faye Hilt vs. The Islamic Republic of Iran*, award n° 354-10427-2, 16 de marzo de 1988, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 18, 1988, pp. 154-163.
- *Leonard and Mavis Daley vs. The Islamic Republic of Iran*, case n° 10.514, 20 de abril de 1988, *Iran-United States Claims Reports*, vol. 18, 1989, pp. 232-274.
- *Schering Corporation vs. The Islamic Republic of Iran*, award n° 122-38-3, 13 de abril de 1984, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 5, 1984, pp. 361-385.
- *Yeager vs. The Islamic Republic of Iran*, 2 de noviembre de 1987, *International Law Reports*, vol. 82, 1990, pp. 179-203.

#### **Otros**

- *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*. Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIX, pp. 125-134.
- *Currie Case*, decision n° 21, 13 de marzo de 1954”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 1965, pp. 21-27.
- *D. Earnshaw and Others (Great Britain) vs. United States (Zafiro case)*, 30 de noviembre de 1925, en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, pp. 160-165.
- *Différend Héritiers de S.A.R. Mgr le Duc de Guise*, 3 de abril y 18 de diciembre de 1950, 15 de septiembre de 1951 y 20 de noviembre de 1953, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIII, 1966, pp. 150-170.

- *Francisco Mallén (United Mexican States) vs. United States of America*, 27 de abril de 1927, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 173-190.
- *La Masica Case (Great Britain, Honduras)*, 7 de diciembre de 1916, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XI, 1961, pp. 549-561.
- *Moses vs. México*, 4 de julio de 1868, en BASSETT MOORE, John, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has Been a Party*, 6 vols., vol. III. Washington: Government Press Office, 1898, pp. 3127-3129.
- *The case of William Yeaton*, en BASSETT MOORE, John, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a party*, 6 vols. Washington: Government Press Office, 1898, t. III, pp. 2944-2949.
- *The Claims of Rosa Gelbtrunk and the "Salvador Commercial Company, et. al. (El Salvador, United States)*, 2 y 8 de mayo de 1902, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, 1966, pp. 455-479.

#### **COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS.**

- *Dawda K. Jawara vs. Gambia*, comunicaciones nº 147/95 y 149/96, 11 de mayo de 2000.
- *Institute for Human Rights and Development in Africa vs. Angola*, comunicaciones nº 292/04, 7 al 22 de mayo de 2008.
- *Zimbabwe Human Rights NGO Forum vs. Zimbabwe*, communication 245/2002, 11-25 de mayo de 2006.

#### **COMITÉ CONTRA LA TORTURA.**

- *Agiza vs. Suecia*, comunicación nº 233/2003, 20 de mayo de 2005.
- *Attia vs. Suecia*, comunicación nº 199/2002, 17 de noviembre de 2003.
- *Elmi vs. Australia*, comunicación nº 120/1998, 14 de mayo de 1999.

#### **COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.**

- *A vs. Australia*, comunicación nº 560/1993, 3 de abril 1997.

- *Acuña Inostroza y otras personas (representados por la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas) vs. Chile*. Comunicación N° 717/199623 de julio de 1999.
- *Almeida de Quinteros et al. vs. Uruguay*, comunicación n° 107/1981, 21 de julio de 1983.
- *Arévalo Pérez vs. Colombia*, comunicación n° 181/1984, 3 de noviembre de 1989.
- *Benaziza vs. Algeria*, comunicación n° 1588/2007, 26 de julio de 2010.
- *Bleier vs. Uruguay*, comunicación n° R.7/30, 29 de marzo de 1982.
- *Boucherf vs. Algeria*, comunicación n° 1196/2003, 30 de marzo de 2006.
- *Bousroual (on behalf of Salah Saker) vs. Algeria*, communication 1085/2002, 15 de marzo de 2006.
- *Celiberti de Casariego vs. Uruguay*, comunicación n° R.13/56, 29 de julio de 1981.
- *Cifuentes Elgueta vs. Chile*, comunicación n° 1536/2006, 28 de julio de 2009.
- *El Alwani vs. The Libyan Arab Jamahiriya*, comunicación n° 1295/2004, 1 de noviembre de 2012.
- *El Hassy vs. The Libyan Arab Jamahiriya*, comunicación n° 1422/2005, 24 de octubre de 2007.
- *El-Megreisi vs. Libyan Arab Jamahiriya*, comunicación n° 440/1990, 23 de marzo 1994.
- *Grioua vs. Algeria*, communication n° 1327/2004, 10 de julio de 2007.
- *Herrera Rubio vs. Colombia*, comunicación n° 161/1983, 2 de noviembre de 1987.
- *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka*, comunicación n° 950/2000, 31 de julio de 2007.
- *Kimouche vs. Algeria*, comunicación n° 1328/2004, 10 de julio de 2007.
- *Laureano Atachahua vs. Peru*, comunicación n° 540/1993, 25 de marzo de 1996.
- *López Burgos vs. Uruguay*, comunicación n° R.12/52, 29 de julio de 1981.
- *McLawrence vs. Jamaica*, comunicación n° 702/1996, 18 de julio de 1997.
- *Mojica vs. República Dominicana*, comunicación n° 449/1991, 15 de julio de 1994.
- *Mukong vs. Cameroon*, comunicación n° 458/1991, 21 de julio de 1994.
- *R. A. V. N. y otras personas vs. Argentina*, comunicación n° 344/1988, 26 de marzo de 1990.
- *Rodríguez vs. Uruguay*, comunicación n° 322/1988, 19 de julio de 1994.



- *Sankara y otros vs. Burkina Faso*, comunicación n° 1159/2003, 28 de marzo de 2006.
- *S. E. vs. Argentina*, comunicación n° 275/1988, 26 de marzo de 1990.
- *Stephens vs. Jamaica*, comunicación n° 373/1989, 18 de octubre de 1995.
- *Spakmo (initially represented by Mr. Gustav Hogtun) vs. Norway*, comunicación n° 631/1995, 11 de noviembre de 1999.
- *Van Alphen vs. The Netherlands*, comunicación n° 305/1988, 23 de julio de 1990.
- *Vargas Vargas vs. Chile*, comunicación n° 718/1996, 26 de julio de 1999.
- *Yasoda Sharma vs. Nepal*, comunicación n° 1469/2006, 28 de octubre de 2008.
- *Yurich vs. Chile*, comunicación n° 1078/2002, 2 de noviembre de 2005.
- *Zohra Madoui vs. Algeria*, comunicación n° 1495/2006, 28 de octubre de 2008.

#### **COMITÉ SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER**

- *Goekce vs. Austria*, comunicación n° 5/2005, 6 de agosto de 2007, CEDAW/C/39/D/5/2005.
- *Yildirim vs. Austria*, comunicación n° 6/2005, 6 de agosto de 2007, CEDAW/C/39/D/6/2005.

#### **COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

- *Freda vs. Italy*, decision on the admissibility of the application, application n° 8916/80, 7 de octubre de 1980.
- *Report of the European Commission of Human Rights on the «Greek Case»*, en *Yearbook of the European Convention of Human Rights*, vol. 12, 1969, pp. 1-ss.
- *Sánchez Ramírez vs. France*, decision on the admissibility of the application, application n° 28780/95, 24 de junio de 1996.

#### **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- *Informe N° 28/92*. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Argentina, 2 de octubre de 1992.
- *Informe n° 29/92*. Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375. Uruguay. 2 de octubre de 1992.

- *Luis Lizardo Cabrera-República Dominicana*, Informe N° 35/96, caso n° 10.832, 19 de febrero de 1998.
- *Maria Da Penha Maia Fernandes*, Informe N° 54/01, caso 12.051, 16 de abril de 2001.

## **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

### **Opiniones Consultivas**

- *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A n° 13.
- *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18.
- *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

### **Casos Contenciosos**

- *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C n° 171.
- *Albán Cornejo y Otros vs. Ecuador*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n° 183.
- *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154.
- *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C n° 202.
- *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

- *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
- *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n° 75.
- *Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C n° 83.
- *Blake vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27.
- *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.
- *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.
- *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17.
- *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31.
- *Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95.
- *Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n° 34.
- *Castillo Páez vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C n° 43
- *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n° 52.
- *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- *"Cinco Pensionistas" vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n° 151.
- *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

- *Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232.
- *Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C n° 68.
- *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6.
- *Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C n° 16.
- *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C n° 221.
- *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.
- *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.
- *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- *Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.
- *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C n° 118.
- *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No.120.
- *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.
- *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 4 de septiembre de 2001. Serie C No. 84.
- *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n° 99.

- *Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.
- *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n° 162.
- *La Cantuta vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173.
- “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.
- *Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
- *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n° 134.
- *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.
- *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.
- *Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C n° 108.
- *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- *Neira Alegría y otros vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29.
- “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C No. 32.
- “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n° 63.
- “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.
- *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n° 135.

- *“Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.
- *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- *Perozo y otros vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- *Ríos y otros vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 194.
- *Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- *Suárez Rosero vs. Ecuador.* Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C nº 35.
- *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.
- *Tiu Tojín vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.
- *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.
- *Trujillo Oroza vs. Bolivia.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.
- *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.
- *Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- *Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.
- *Vera Vera y otra vs. Ecuador.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226.

## **CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

## Opiniones Consultivas

- *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, 20 de julio de 1962, en *I.C.J. Reports*, 1962, pp. 151-182.
- *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 1999, pp. 62-91.
- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 2004, pp. 136-203.
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, advisory opinion, 8 de Julio de 1996, *I.C.J. Reports*, 1996, pp. 226-267.

## Casos Contenciosos

- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 de febrero de 2007, *I.C.J. Reports*, 2007, pp. 43-240.
- *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo vs. Uganda)*, Judgment, 19 de diciembre de 2005, *I.C.J. Reports*, 2005, pp. 168-283.
- *Case concerning certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru vs. Australia)*, preliminary objections, judgment, 26 de junio de 1992, *I. C. J. Reports*, 1992, pp. 240-269.
- *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Judgment, 27 de junio de 1986, *I.C.J. Reports*, 1986, pp. 14-150.
- *The Corfu Channel Case*, judgment, 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports*, 1949, pp. 4-169.
- *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, *I. C. J. Reports*, 1980, pp. 3-46.

## CORTE PENAL INTERNACIONAL

**Oficina del Fiscal.** *Request for Authorization of an Investigation pursuant to Article 15.* ICC-02/11, 23 de junio de 2011.

**Sala de Cuestiones Preliminares I.** *Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Au Kushayb").* Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute. ICC-02/05-01/07-1 (27 de abril de 2007).

- *Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, 30 de septiembre de 2008.
- *Mathieu Ngudjolo Chui*. Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-02/07 (6 de julio de 2007)-

**Sala de Cuestiones Preliminares II.** *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*. Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. ICC-01/09-02/11-382-Red, 23 de enero de 2012.

- *Jean-Pierre Bemba Gombo*. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009.
- *William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*. Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. ICC-01/09-01/11-373, 23 de enero de 2012.

**Sala de Cuestiones Preliminares III.** *Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire”*, ICC-02/11-14-Corr, 15 de noviembre de 2011.

- *Decision Pursuant Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*. ICC-02/11, 3 de octubre de 2011.
- *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, 31 de marzo de 2010.

#### **CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL**

- *Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, Jurisdiction, 26 de Julio de 1927, en *Publications of the Permanent Court of International Justice (1922-1946)*, ser. A, nº 9, pp. 4-34.
- *Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, Merits, 13 de septiembre de 1928, en *Publications of the Permanent Court of International Justice (1922-1946)*, ser. A, nº 17, pp. 4-65.
- *S.S. "Wimbledon" (United Kingdom, France, Italy & Japan vs. Germany)*, judgment, 17 August 1923.

#### **PANEL ESPECIAL PARA CRÍMENES GRAVES DE LA CORTE DEL DISTRITO DE DILI**



- *Joni Marques et. al.*, judgment, Case n° 9/2000, 11 de diciembre de 2001.
- *Wiranto et. al.*, indictment, Case n° 5/2003, 24 de febrero de 2003.

#### **SALA DE DERECHOS HUMANOS DE BOSNIA Y HERZEGOVINA**

- *Avdo and Esma Palić against The Republika Srpska*, decision on admissibility and merits, case no. ch/99/3196, 11 de enero de 2001.
- *Belkasem Bensayah against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, decision on admissibility and merits, case no. CH/O2/9499, 4 de abril de 2003.
- *Hadž Boudellaa, Boumediene Lakhdar, Mohamed Nechle and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, decision on admissibility and merits, cases nos. CH/02/8679, CH/02/8689, CH/02/8690 and CH/02/8691, 11 de octubre de 2002.
- *Josip, Božana and Tomislav Matanović against Republika Srpska*, decision on the merits, case n° CH/96/1, 11 de Julio de 1997.
- *Selimović et al. Against The Republika Srpska (Srebrenica Cases)*, 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, 7 de marzo de 2003.

#### **TRIBUNALES MILITARES ESTADOUNIDENSES**

**Tribunal Militar II.** *The Einsatzgruppen Case*, en NUREMBERG MILITARY TRIBUNALS. *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10. Nuremberg*, October 1946-April 1949. 15 vols. Washington: United States Government Printing Office, t. IV, s.f., pp. pp. 1-596.

**Tribunal Militar III.** *Justice Case*, en NUREMBERG MILITARY TRIBUNALS. *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No 10: Nuremberg, October 1946 - April 1949*, 15 vols. Washington: United States Government Printing Office, t. III, 1951, pp. 3-1204.

**Tribunal Militar V. *The Hostages Trial***, en *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10. Nuremberg*, October 1946-April 1949. 15 vols. Washington: Superintendent of Documents, U. S. Government Printing Office, t. XI, 1950, pp. 757-1332.

## TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### Gran Sala y Plenario

- *A and others vs. The United Kingdom*, judgment, application n° 3455/05, 19 de febrero de 2009.
- *Blečić vs. Croatia*, application n° 59532/00, judgment, 8 de marzo 2006.
- *Brogan and others vs. The United Kingdom*, judgment, application n° 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29 de noviembre de 1988.
- *Çakici vs. Turkey*, judgment, application no. 23657/94, 8 de julio de 1999.
- *Cyprus vs. Turkey*, judgment, application n° 25781/94, 10 de mayo de 2001, párrs. 156-158.
- *Ilaşcu and others vs. Moldova and Russia*, judgment, application n° 48787/99, 8 de julio de 2004.
- *Ireland vs The United Kingdom*, judgment, application no. 5310/71, 18 de enero de 1978.
- *Janowiec and others vs. Russia*, applications nos. 55508/07 and 29520/09, judgment, 21 de octubre de 2013.
- *Loizidou vs. Turkey*, judgment, application n° 1996/3, 18 diciembre 1996.
- *McKay vs. The United Kingdom*, application n° 543/03, judgment, 3 de octubre de 2006.
- *Öcalan vs. Turkey*, judgment, application n° 46221/99, 12 de mayo de 2005.
- *Saadi vs. The United Kingdom*, judgment, application n° 13229/03, 29 de enero de 2008.
- *Šilih vs. Slovenia*, application no. 71463/01, judgment, 9 de abril 2009.
- *Tahsin Acar vs. Turkey*, judgment, application no. 26307/95, 8 de abril de 2004.
- *Varnava and others vs. Turkey*, applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, judgment, 18 September 2009.

Salas

- *49 applications vs. Turkey*, admissibility decision, application no. 43422/04, 4568/05, 4577/05, 4613/05, 4617/05, 4630/05, 4636/05, 4638/05, 4687/05, 4711/05, 4821/05, 4829/05, 4834/05, 4844/05, 4847/05, 4888/05, 4891/05, 4896/05, 4901/05, 4920/05, 4927/05, 4931/05, 4936/05, 4947/05, 4983/05, 5030/05, 5039/05, 5044/05, 5077/05, 6631/05, 26541/05, 26557/05, 26562/05, 26566/05, 26569/05, 26610/05, 26612/05, 26634/05, 26666/05, 26670/05, 38948/05, 45653/06, 11457/07, 30881/08, 37368/08, 46369/08, 54060/08, 521/09 and 43094/09, 1 de diciembre de 2009.
- *Açiş vs. Turquie*, arrêt, requête no 7050/05, 1 de febrero de 2011.
- *Airey vs. Belgium*, judgment, application n° 6289/73, 9 de octubre de 1979.
- *Akdeniz and others vs. Turkey*, judgment, application no. 23954/94, 31 de mayo de 2001.
- *Akhmadova and Akhmadov vs. Russia*, application no. 20755/04, judgment, 25 de septiembre de 2008.
- *Akkoç vs. Turkey*, judgment, applications n° 22947/93 y 22948/93, 10 de octubre de 2000.
- *Aksoy vs. Turkey*, judgment, application n° 21987/93, 18 de diciembre de 1996.
- *Alikhadzhiyeva vs. Russia*, application no. 68007/01, judgment, 5 de julio de 2007.
- *Al Nashiri vs. Poland*, application no. 28761/11, judgment, 24 de julio de 2014.
- *Amuur vs. France (No. 3)*, judgment, application n° 19776/92, 25 de junio de 1996.
- *Angelova and Iliev vs. Bulgaria*, application no. 55523/00, judgment, 26 de julio de 2007.
- *Askharova vs. Russia*, judgment, application n° 13566/02, 4 de diciembre de 2008.
- *Baybora and Others vs. Cyprus*, admissibility decision, application no. 77116/01, 22 de octubre de 2002.
- *Baysayeva vs. Russia*, judgment, application no. 74237/01, 5 April 2007.
- *Bazorkina vs. Russia*, judgment, application no. 69481/01, 27 de julio de 2006.
- *Beksultanova vs. Russia*, judgment, application n° 31564/07, 27 de septiembre de 2011.
- *Betayev and Betayeva vs. Russia*, application no. 37315/03, judgment, 29 de mayo de 2008.
- *Bitiyeva and others vs. Russia*, application no. 36156/04, judgment, 23 de abril de 2009.
- *Brannigan and McBride vs. The United Kingdom*, judgment, application n° 14553/89; 14554/89, 25 de mayo de 1993.

- *Canales Bermejo vs. España*, decisión de inadmisibilidad, demanda n° 54264/12, 12 de noviembre de 2012.
- *Charalambous and others vs. Turkey and 28 other applications*, admissibility decision, application no. 46744/07, 1 de julio de 2010.
- *Çiçek vs. Turkey*, judgment, application no. 25704/94, 27 de febrero de 2001.
- *De Becker vs. Belgium*, application n° 214/5, judgment, 27 de marzo de 1962.
- *E. and others vs. The United Kingdom*, application no. 33218/96, judgment, 26 de noviembre de 2002.
- *El-Masri vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, application no. 39630/09, judgment, 13 de diciembre 2012.
- *Er and others vs. Turkey*, application no. 23016/04, judgment, 31 de julio de 2012.
- *Ertak vs. Turkey*, application n° 20764/92, judgment, 9 de mayo de 2000.
- *Gekhayevea and others vs. Russia*, judgment, application n° 1755/04, 29 de mayo de 2008.
- *Gongadze vs. Ukraine*, judgment, application no. 34056/02, 8 de noviembre de 2005.
- *Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz contra España*, decisión, demanda n° 30141/09, 27 de marzo de 2012.
- *Hatzigeorgiou and others vs. Turkey*, admissibility decision, application no. 56446/00, 1 de diciembre de 2009.
- *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, application no. 7511/13, judgment, 24 de julio de 2014.
- *Ibragimov and others vs. Russia*, application no. 34561/03, judgment, 29 de mayo 2008.
- *Imakayeva vs. Russia*, judgment, application n° 7615/02, 9 de noviembre de 2006.
- *Ioannou Iacovou and Others vs. Turkey*, partial admissibility decision, applications nos. 24506/08, 24730/08, 60758/08, 5 de octubre de 2010.
- *İpek vs. Turkey*, judgment, application n° 25760/94, 17 de febrero de 2004.
- *Karabardak and Others vs. Cyprus*, admissibility decision, application no. 76575/01, 22 de octubre de 2002.
- *Karefyllides and others vs. Turkey*, admissibility decision, application no. 45503/99, 1 de diciembre de 2009.
- *Kaya vs. Turkey*, application no. 22535/93, judgment, 28 de marzo de 2000.

- *Kemmache vs. France (No. 3)*, judgment, application n° 17621/91, 24 de noviembre de 1994.
- *Khadzhialiyev and others vs. Russia*, application no. 3013/04, judgment, 6 de noviembre de 2008.
- *Khakiyeva, Temergeriyeva and others vs. Russia*, application nos. 45081/06 and 7820/07, judgment, 17 de febrero 2011.
- *Kiliç vs. Turkey*, application no. 22492/93, judgment, 28 de marzo de 2000.
- *Koku vs. Turkey*, application no. 27305/95, judgment, 31 de mayo de 2005.
- *Kolk and Kislyiy vs. Estonia*. Decision as to the admissibility of application n° 23052/04 and 24018/04, 17 de enero de 2006.
- *Kukayev vs. Russia*, application n° 29361/02, judgment, 15 de noviembre de 2007
- *Kurt vs. Turkey*, judgment, (15/1997/799/1002), 25 de mayo de 1998.
- *Lăcătuş and others vs. Romania*, application n° 12694/04, judgment, 13 de noviembre de 2012.
- *Luluyev and others vs. Russia*, judgment, application n° 69480/01, 9 de noviembre de 2006.
- *Marckx vs. Belgium*, judgment, application n° 6833/74, 13 de junio de 1979.
- *Mastromatteo vs. Italy*, application no. 37703/97, judgment, 24 de octubre de 2002.
- *Medova vs. Russia*, application no. 25385/04, judgment, 15 de enero 2009.
- *Moldovan and others vs. Romania* (as regards the applicants Iulius Moldovan, Melenuța Moldovan, Maria Moldovan, Otilia Rostaş, Petru (Gruia) Lăcătuş, Maria Floarea Zoltan and Petru (Dîgăla) Lăcătuş), applications n° 41138/98 y 64320/01, judgment n° 2, 12 de julio de 2005.
- *Nesibe Haran vs. Turkey*, application no. 28299/95, judgment, 6 de octubre de 2005.
- *Nuray Şen vs. Turkey (No. 2)*, application no. 25354/94, judgment , 30 de marzo de 2004.
- *Opuz vs. Turkey*, application n° 33401/02, judgment, 9 de junio de 2009.
- *Orhan vs. Turkey*, judgment, application no. 25656/94, 18 de junio de 2002.
- *Osmanoğlu vs. Turkey*, judgment, application n° 48804/99, 24 de enero de 2008
- *Pantea vs. Romania*, judgment, application n° 33343/96, 3 de junio 2003.
- *Papamichalopoulos and others vs. Greece*, application n° 14556/89, judgment, 24 de junio de 1993.

- *Paul y Audrey Edwards vs. United Kingdom*, judgment, application n° 46477/99, 14 de marzo de 2002.
- *Rantsev vs. Cyprus and Russia*, application no. 25965/04, judgment, 7 de enero de 2010.
- *Sambiyev and Pokayeva vs. Russia*, application no. 38693/04, judgment, 22 de enero de 2009.
- *Sangariyeva and others vs. Russia*, application no. 1839/04, judgment, 29 de mayo de 2008.
- *Sari and Çolak vs. Turkey*, application nos 42596/98 and 42603/98, judgment, 4 de abril de 2006.
- *Şeker vs. Turkey*, judgment, application n° 52390/99, 21 de febrero de 2006.
- *Semral Emin (Mustafa) and others vs. Cyprus and six other applications*, admissibility decision, application no. 59623/08, 3 de julio de 2010.
- *Süleyman Yildirim vs. Turkey*, judgment, application n° 40518/98, 29 de julio de 2004.
- *Taniş and others vs. Turkey*, application no. 65899/01, judgment, 2 de agosto 2005.
- *Taş vs. Turkey*, application no. 24396/94, judgment, 14 de noviembre 2000.
- *Tashukhadzhiyev vs. Russia*, application no. 33251/04, judgment, 25 de octubre 2011.
- *Tekdağ vs. Turkey*, judgment, application n° 27699/95, 15 de enero de 2004.
- *Tepe vs. Turkey*, application no. 27244/95, judgment, 9 de mayo de 2003.
- *Timurtaş vs. Turkey*, application no. 23531/94, judgment, 13 de junio de 2000.
- *Toğcu vs. Turkey*, application no. 27601/95, judgment, 31 de mayo 2005.
- *Tsechoyev vs. Russia*, application no. 39358/05, judgment, 15 de marzo de 2011.
- *Uçar vs. Turkey*, application no. 52392/99, judgment, 11 de abril de 2006.
- *Van der Leer vs. The Netherlands*, judgment, application n° 11509/85, 21 de febrero de 1990.
- *Vasilescu vs. Romania*, 53/1997/837/1043, judgment, 22 de mayo de 1998.
- *Winterwerp vs. The Netherlands*, judgment, application n° 6301/73, 24 de octubre de 1979.
- *Yaman vs. Turkey*, application no. 32446/96, judgment, 2 de noviembre de 2004.
- *Zaurbekova and Zaurbekova vs. Russia*, judgment, application n° 27183/03, 22 de enero de 2009.

## TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA

### Sala de apelaciones

- *Aleksovski*, judgment, IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000.
- *Blaškić*, judgment, IT-95-14-A, 29 de julio de 2004.
- *Blaškić. Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, decision, IT-95-14, 29 de octubre de 1997.
- *Čelebići camp*, judgment, IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001.
- *Drazen Erdemović*, judgment, IT-96-22, 7 de octubre de 1997.
- *Kordić and Čerkez*, judgment, IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004.
- *Krnjelac*, judgment, IT-97-25-T, 17 de septiembre de 2003.
- *Tadić*, judgment, IT-94-1-A, 15 de julio de 1999.

### Sala de juicio

- *Furundžija*, judgment, IT-95-17/1, 10 de diciembre de 1998.
- *Krnjelac*, judgment, IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002.
- *Kupreškić et al.*, judgment, IT-95-16-T, 14 de enero de 2000.
- *Kvočka et al.*, judgment, IT-98-30/1, 2 de noviembre de 2001.
- *Limaj et al.*, judgment, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005.
- *Tadić a/k/a 'Dule'*, opinion and judgment, IT-94-1-T, 7 de mayo de 1997.

## 2.2. JURISPRUDENCIA NACIONAL

### ALEMANIA

**Tribunal Administrativo de Colonia (*Verwaltungsgericht Köln*).** *Sentencia de 7 de diciembre de 2010*, (5 K 7161/08) [En línea]. *Openjur*. Disponible en <<http://openjur.de/u/146461.html>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

## ARGENTINA

**Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina.** *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad*, M. 2333, XLII y otros, 13 de julio de 2007.

## ESPAÑA

**Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional.** Auto del 16 de octubre de 2008. Diligencias Previas Proc. Abreviado 399 /2006 V

**Tribunal Supremo.** Auto de 28 de marzo de 2012.

- Sentencia 101/2012, 27 de febrero de 2012.

## ESTADOS UNIDOS

**Cortes de Apelaciones del Segundo Circuito (Court of Appeals for the Second Circuit).** *Arar vs. Ashcroft*, 532 F.3d 157 (2d Cir. 2008).

- *Arar vs. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2d Cir. 2009) (en banc).
- *United States of America, appellee, vs. Francisco Toscanino*, 15 de mayo de 1974, 500 F.2d 267.

**Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito (Court of Appeal for the Fourth Circuit).** *El-Masri vs. United States of America*, 479 F.3rd 296

**Corte de Apelaciones del Décimoprimer Circuito (Court of Appeals for the Eleventh Circuit).** *Sidney L. Jaffe, Petitioner-Appellant, vs. Jim Smith and Richard L. Dugger, Respondents-Appellees*, 21 de agosto de 1987, F. 2d., vol. 825, pp. 304-307.

**Corte Suprema (Supreme Court of the Unites States of America).** *Arar vs. Ashcroft*, cert. denied 130 S.Ct. 3049 (2010).

- *El-Masri vs. United States*, cert. denied, 128 S.Ct. 373 (2007).
- *Frisbie vs. Collins*, 10 de marzo de 1952, 342 U.S. 519 (1952).
- *Ker vs. Illinois*, 6 de diciembre de 1886, 119 U.S. 436 (1886).
- *United States vs. Alvarez-Machain*, 15 de junio de 1992, 504 U.S. 655 (1992).



**Tribunal para el Distrito Este de Nueva York (*District Court for the Eastern District of New York*).**  
*Arar vs. Ashcroft*, 414 F.Supp.2d 250 (E.D. N.Y. 2006).

**Tribunal para el Distrito de Virginia (*District Court for the District of Virginia*).** *El-Masri vs. Tenet*,  
437 F.Supp.2d 530

## ISRAEL

**Corte Suprema de Israel (בית העליון המשפט בית, *Beit haMishpat ha'Elyon*).** *Attorney General of the Government of Israel vs. Adolf Eichmann*, 29 de mayo de 1962, *International Law Reports*, vol. 36, 1962, pp. 277-344.

## ITALIA

**Corte Constitucional (Corte Costituzionale).** *Sentencia 106/2009*, 11 de marzo de 2009, publicada en Gazzetta Ufficiale del 8 de abril de 2009.

**Corte de Apelaciones de Milán (Corte d'Appello di Milano).** Sezione 3ª penale. *Sentencia 3688/10*, 15 de diciembre de 2010.

- Sezione 4ª penale. *Sentencia 6709/2012*, 12 de febrero de 2013.

**Corte Suprema de Casación (Corte Suprema di Cassazione).** Sezione V penale. *Sentencia n° 46340/12*, 19 de septiembre de 2012.

**Tribunal Ordinario de Milán (Tribunale Ordinario di Milano).** Sezione 4ª penale. *Sentencia n° 12428/09*, 4 de noviembre de 2009.

## NEPAL

**Corte Suprema Nepal (सर्वोच्च अदालत).** *Rabindra Prasad Dhakal on behalf of Rajendra Prasad Dhakal (Advocate) permanent resident of ward no 8 of Harmi V.D.C. and then residing on a rented room at ward no 1 of the Prithwi Narayan Municipality of Gorkha District vs. Nepal Government, Home Ministry and Others*, Writ n° 3775, registration date 2055/10/7/5 B.S. (Jan 21, 1999 A.D.), 1 de enero de 2007, en National Judicial Academy, (NJA), Nepal, pp. 301-339.

## URUGUAY

- Suprema Corte de Justicia.** AA. Cómplice de un delito de homicidio muy especialmente agravado. Excepción de Inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 18.831. IUE 87-289/1985, venidos a conocimiento de la Corporación en virtud de la excepción de inconstitucionalidad interpuesta por el Sr. AA, cuyo procesamiento y prisión fuera dispuesto en autos, sentencia n° 152/2013, 8 de marzo de 2013.
- AA. BB. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 18.831. IUE 2-109971/2011. Sentencia 20/2013, 22 de febrero de 2013.
  - AA. BB. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 18.831, IUE 2-28914/2009, sentencia n° 186/2013, 13 de marzo de 2013.
  - AA.BB. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 18.831. IUE 1-154/2012, sentencia n° 187/2013, 13 de marzo de 2013.
  - AA. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la Ley n° 18.831. IUE 411-310/2011, sentencia n° 217/2013, 8 de abril de 2013.
  - AA. Denunciante. Antecedentes ficha 2-21986/2006. Dcia.-Excepción de Inconstitucionalidad arts. 7, 9, 13.1, 13.2, 13.3, 19 y 20 de la Ley n° 18.026 y arts. 2 y 3 de la Ley n° 18.831. IUE: 2-53193/2010, sentencia 212/2013, 8 de abril de 2013.
  - AA y otros. Denuncia. Mandos civiles, militares, jefes de policía y demás involucrados. Excepción de inconstitucionalidad. Arts. 1, 3 Y 4 de la ley n° 15.848-Ficha IUE: 173-318/2006, sentencia no 2.337/2010, 15 de diciembre de 2010.
  - *Organización de los derechos Humanos.* Denuncia Excepción de Inconstitucionalidad. Arts. 1°, 3°, 4° de la Ley n° 15.848. Ficha IUE 2-21986/2006, 29 de octubre de 2010.
  - *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela.* Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad, sentencia n° 365/2009, 19 de octubre de 2009.

### 3. DOCUMENTOS INTERNACIONALES

#### COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

- *Plan of Action for the years 2000-2003*, Annex 2 of the resolution 1, 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 31 de octubre al 6 de noviembre de 1999.
- *Resolution II (Forced or involuntary disappearances)*, 24th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Manila, 1981.

- *Resolution 13*, 25th International Conference of the Red Cross, Geneva, 23 al 31 de octubre de 1986.

## **CONSEJO DE EUROPA**

### **Asamblea Parlamentaria**

#### **Resoluciones**

- Res. 828 (1984) *on enforced disappearances*, 26 de septiembre de 1984.
- Res. 1463 (2005), *Enforced disappearances*, 3 de octubre de 2005.
- Res. 1868 (2012), *The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance*, 9 de marzo de 2012.

#### **Informes**

- *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*. Report Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr. Dick MARTY, Switzerland, Alliance of Liberals and Democrats for Europe. Doc. 10957, 12 de junio de 2006
- *Enforced disappearances*. Report Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES. Doc. 10679, 19 de septiembre 2005.

**Comisario para los Derechos Humanos.** *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to "The Former Yugoslav Republic of Macedonia" 25-29 February 2008*. CommDH(2008)21, Strasbourg, 11 de septiembre de 2008.

**Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos.** *Alleged Secret Detentions in Council of Europe Member States: Information Memorandum II*. AS/Jur (2006) 03 rev, 22 de enero de 2006.

- *Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States: Second Report*. Explanatory Memorandum. Rapporteur: Mr. Dick MARTY, Switzerland, ALDE, 9 de junio de 2007.

**Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia).** *Opinion on the International Legal Obligations of council of Europe Member States in Respect of Secret Detention Facilities and Inter-State Transport of Prisoners.* Venice, 17-18 de marzo de 2006. CDL-AD(2006)009. Opinion no. 363 / 2005.

**Secretario General.** *Supplementary report by the Secretary General on the Use of his Powers under Article 52 of the European Convention on Human Rights, in the light of reports suggesting that individuals, notably persons suspected of involvement in acts of terrorism, may have been arrested and detained, or transported while deprived of their liberty, by or at the instigation of foreign agencies, with the active or passive co-operation of States Parties to the Convention or by States Parties themselves at their own initiative, without such deprivation of liberty having been acknowledged.* SG/Inf (2006)13, 14 de junio de 2006.

## **ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS**

**Asamblea General de la OEA.** Res. AG/RES.1043 (XX-O/90), *Consecuencias de actos de violencia perpetrados por grupos armados irregulares en el goce de los derechos humanos*, en ComisiónIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12, 22 febrero 1991, capítulo V, sección II.

- AG/RES. 443 (IX-0/79), 31 de octubre de 1979.
- AG/RES. 666 (XIII-O/83), 18 de noviembre de 1983.
- AG/RES. 742 (XIV-0-84), 17 de noviembre de 1984.

### **Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

#### **Demandas**

- *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Oriental del Uruguay.* Caso n° 12.607. Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena. 21 de enero de 2010.
- *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela.* Casos 12.256 (Oscar José Blanco Romero), 12.258 (Roberto Javier Hernández Paz) y 12.307 (José Francisco Rivas Fernández), 30 de junio de 2004.

- *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Heliodoro Portugal*. Caso 12.408 contra la República de Panamá, 23 de enero de 2007.
- *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso María Tiu Tojín y Josefa Tiu Tojín*. Caso 10.686 contra la República de Guatemala, 28 de julio de 2007, 29 de julio de 2007.

## **Informes**

- *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*. OEA/Ser.L/V/II.43 Doc. 21 corr. 1, 20 abril 1978.
- *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*. OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 de septiembre de 1986.
- *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev. 1, 16 de septiembre de 1988.
- *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1988/89*. OEA/Ser.L/V/II.76, Doc. 10, 18 septiembre 1989.
- *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*. OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 febrero 1994.
- *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*. OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 abril 1980.
- *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*. OEA/Ser.L/V/II.34, doc. 21, 25 octubre 1974.
- *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*. OEA/Ser.L/V/II.83, 12 marzo 1993.
- *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002.
- *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., 14 octubre 1993.
- *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999.

## ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

**Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.** *Desapariciones forzadas o involuntarias.* Folleto Informativo n° 6/Rev. 3. Ginebra: Naciones Unidas, 2009.

- *Human Rights Abuses by the CPN-M. Summary of Concerns.* September 2006 [En línea]. *Internal Displacement Monitoring Centre.* Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/477e3f130.pdf>. [Consulta: 16 de mayo de 2014].
- *Oral Presentation of the Report submitted by Mr. Manfred Nowak, Independent Expert, on the international legal framework for the protection of persons from enforced disappearance, pursuant to paragraph 11 of Commission Resolution 2001/46,* 26 de marzo de 2002.

### Asamblea General

#### Resoluciones

- Res. 3219(XXIX), 6 de noviembre de 1974.
- Res. 3450(XXX), de 9 de diciembre de 1975.
- Res. 33/173, 20 de diciembre de 1978.
- Res. 35/193, 15 de diciembre de 1980.
- Res. 50/193, *Situación de los derechos humanos en la República de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)*, 22 de diciembre de 1995.
- Res. 55/116, *Situación de los derechos humanos en el Sudán*, 4 de marzo del 2000.
- Res. 56/83, *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 12 de diciembre de 2001
- Res. 59/35, *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 2 de diciembre de 2004
- Res. 61/173, 19 de diciembre de 2006.
- Res. 62/61, *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 6 de diciembre de 2007.
- Res. 65/19. *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 6 de diciembre de 2010.

## Informes

- *Acta resumida de la 45ª sesión.* Sexagésimo primer período de sesiones. A/C.3/61/SR.45 (5 de enero de 2007).
- *Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y en particular: cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias.* Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias. E/CN.4/1983/14 (21 de enero de 1983).
- *Cuestión de Timor Oriental.* A/54/726 (31 de enero de 2000).
- *Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias.* Nota del Secretario General. Informe provisional sobre la situación mundial con respecto a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias presentado por Philip Alston, Relator Especial, de conformidad con el párrafo 20 de la resolución 59/197 de la Asamblea General. A/61/311 (5 de septiembre de 2006).
- *Informe de la misión conjunta a Timor Oriental.* A/54/660 (10 de diciembre de 1999).
- *Informe del Comité de derechos Humanos.* Vol. I. A/45/40 (4 de octubre de 1990).
- *Informe del Comité de Derechos Humanos.* A/64/40 (VOL. 1) (1 de octubre de 2009).
- *Informe del Consejo Económico y Social.* Protección de los derechos humanos en Chile. A/34/583/Add.1 (21 noviembre 1979).
- *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.* A/66/317 (22 de agosto de 2011).
- *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.* Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/56/156 (3 de julio de 2001).
- *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global.* Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil. A/58/817 (11 de junio de 2004).
- *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.* Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales. Informe del Secretario General. A/68/72 (30 de abril de 2013).

- *Status of Preparation of Publication, Studies and Documents for the World Conference*. Note by the Secretariat. Addendum. Contribution of the Organization of the Islamic Conference. A/CONF.157/PC/62/Add.18 (9 de junio de 1993).

## Otros

Department of Public Information. *Third Committee Approves Draft Resolution Concerning Convention on Enforced Disappearances*. GA/SHC/3872, 13 de noviembre de 2006.

Sexta Comisión. *Proyecto de resolución*. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. A/C.6/68/L.19 (5 de noviembre de 2013).

- *Sixty-fifth session*. Responsibility of States for internationally wrongful acts [En línea]. Disponible en <<http://www.un.org/en/ga/sixth/65/RespStatesWrong.shtml>>. [Consulta: 12 de julio de 2014].
- *Sixty-eighth session*. Responsibility of States for internationally wrongful acts [En línea]. Disponible en <<http://www.un.org/en/ga/sixth/68/StateRes.shtml>>. [Consulta: 12 de julio de 2014].

**Comisión de Derecho Internacional.** *Cuarto informe de G. G. FITZMAURICE, Relator Especial*. Documento A/CN.4/120. 17 de marzo de 1959. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1959, vol. II, pp. 40-87.

- *Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial*. El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional (continuación). Documento A/CN.4/264 y Add.1, 30 de junio de 1972 y 9 de abril de 1973, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, vol. II, pp. 75-172.
- *Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, en *Yearbook of International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, pp. 146-170.
- *Draft articles on State responsibility. 1. Text of the Draft Articles Provisionally Adopted by the Commission on First Reading*, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, part two, pp. 58-73.
- *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries* (1996), en *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two, pp. 17-56.



- *First report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur.* Document A/CN.4/490 and Add. 1-7, 24 de abril, 1, 5, 11 y 26 de mayo, 22 y 24 de julio, 12 de agosto de 1998, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1998, vol. II, part one, pp. 1-80.
- *Formulation of Nurnberg Principles.* Document A/CN.4/22. Report by J. SPIROPOULOS, Spécial Rapporteur”, en *Yearbook of International Commission of Law*, 1950, vol. II, pp. 181-195.
- *Fourth report on State responsibility, by Mr. Roberto AGO, Special Rapporteur. The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility.* Document A/CN.4/264 and Add.1, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1972, vol. II, 1972, vol. II, pp. 71-160.
- *Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado, en CDI. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), A/56/10, pp. 21-405.*
- *Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto AGO, Relator Especial. El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional.* Documento A/CN.4/291 y Add. 1 y 2. 22 de marzo, 14 de abril y 4 de mayo de 1976, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, parte 1, pp. 3-59.
- *Report to the General Assembly, en Yearbook of the International Law Commission*, 1949, pp. 277-290.
- *State responsibility (A/CN.4/217 and Add.1; A/CN.4/233; A/CN.4/246 and Add.1 to 3; A/CN.4/264 and Add.1).* 1213th meeting, 24 de mayo 1973, *Yearbook of International Law Commission*, 1973, vol. I, pp. 54-59.
- *Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados, por Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial.* Documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, 3 de marzo, 9 de junio, 12 de junio y 7 de julio de 1964, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. II, pp. 3-63.
- *Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, en Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011). A/66/10 (3 de octubre de 2011), pp. 55-184.*
- *Third report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur. The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility.* A/CN.4/246 and Add.1-3, 5 de marzo, 7 de abril, 28 de abril y 18 de mayo de 1971, en *Yearbook of International Law Commission*, 1971, vol. II, part one, pp. 199-274.
- *Second Report of the Special Rapporteur, Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, en Yearbook of International Law Commission*, 1989, vol. II, part one, pp. 1-58.

## Comisión de Derechos Humanos.

### Resoluciones

- Res. 8(XXXI) de 27 de febrero de 1975.
- Res. 20 (XXXVI), 29 de febrero de 1980.
- Res. 1982/29, 11 de marzo de 1982
- Res. 1/1, 29 de junio de 2006.
- Res. 2001/46, 23 de abril de 2001.
- Res. 2005/2, *Utilización de los Mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la autodeterminación*, 7 de abril de 2005.
- Res. 2005/34, 19 de abril de 2005.

### Informes

- *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos". Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a Guatemala. A/HRC/4/41/Add.1 (20 de febrero de 2007).*
- *Cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo, y en particular en los países y territorios coloniales y dependientes. Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Afganistán, preparado por el Relator Especial, Sr. Félix ERMACORA, de conformidad con la resolución 1988/67 de la CDH. E/CN.4/1989/24 (16 de febrero de 1989).*
- *Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y en particular: cuestión de las desapariciones forzadas e involuntarias. Informe del Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias. E/CN.4/1985/15 (25 de enero de 1985).*
- *Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. E/CN.4/1998/43 (12 de enero de 1998).*
- *Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre*

Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Presentado de conformidad con la resolución 2002/41 de la Comisión. E/CN.4/2003/70 (21 de enero de 2003).

- *Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias.* Informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias. Anexo III. Comentarios al proyecto de convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. E/CN.4/2001/68 (18 de diciembre de 2000).
- *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las actividades de su Oficina, incluida la cooperación técnica, en Nepal.* E/CN.4/2006/107 (16 de febrero de 2006).
- *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos.* Informe final 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 (26 de junio de 1997).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias.* Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a Nepal. 6 a 14 de diciembre de 2004. E/CN.4/2005/65/Add.1 (28 de enero de 2005).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias.* 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 (12 de febrero de 2003).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias.* 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 (23 de febrero de 2004).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias.* 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 (10 de marzo de 2005).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias.* 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 (2 de febrero de 2006).

- *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias.* Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. E/CN.4/2001/69 (21 de diciembre de 2000).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias.* Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. E/CN.4/2005/65 (23 de diciembre de 2004).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias.* Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a Colombia, 5 a 13 de julio de 2005. E/CN.4/2006/56/Add.1 (17 de enero de 2006).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias.* 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, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión en 58º período de sesiones. E/CN.4/2002/71 (8 de enero de 2002).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias.* Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Philip ALSTON. E/CN.4/2005/7 (22 de diciembre de 2004).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias.* Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Philip ALSTON. Adición: misión a Sri Lanka (28 de noviembre a 6 de diciembre de 2005). E/CN.4/2006/53/Add.5 (27 de marzo de 2006).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención.* Informe del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria. E/CN.4/2000/4 (28 de diciembre de 1999).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención.* Opiniones emitidas por el grupo de trabajo sobre la detención arbitraria. E/CN.4/1999/63/Add.1 (9 de noviembre de 1998).

- *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. E/CN.4/2006/91 (9 de enero de 2006).
- *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment question of enforced or involuntary disappearances*. Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. E/CN.4/1996/38 (15 de enero de 1996).

**Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.** *Cooperación internacional en prevenir, combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas*. Informe del Secretario General. E/CN.15/2003/7 (5 de marzo de 2003).

**Comité contra las Desapariciones Forzadas.** *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención*. Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012. Argentina. CED/C/ARG/1 (22 de enero de 2013).

- *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención*. Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012. España. CED/C/ESP/1 (28 de enero de 2013).
- *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención*. Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012. México. CED/C/MEX/1 (17 de abril de 2014).
- *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29 de la Convención*. Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012. Uruguay. CED/C/URY/1 (15 de octubre de 2012).
- *Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, aprobadas por el Comité en su cuarto período de sesiones (8 a 19 de abril de 2013)*. CED/C/FRA/CO/1 (8 de mayo de 2013).
- *Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, aprobadas por el Comité en su cuarto período de sesiones (8 a 19 de abril de 2013)*. CED/C/URY/CO/1 (3 de mayo de 2013).
- *Reglamento*. CED/C/1 (22 de junio de 2012).
- *Report of the Committee on Enforced Disappearances on its First Session*. Geneva, 8 al 11 de noviembre de 2011.

- *Report of the Committee on Enforced Disappearances on its Second Session.* Geneva, 26 al 30 de marzo de 2012.
- *Report of the Committee on Enforced Disappearances on its Third Session.* Geneva, 29 de octubre al 2 de noviembre de 2012.
- *Statement on the Ratione Temporis Element in the Review of Reports Submitted by States Parties under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.* 15 de noviembre de 2013.

**Comité contra la Tortura.** *Observación General n° 2.* Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes. CAT/C/GC/2 (24 de enero de 2008).

- *Observación general N° 3 (2012).* Aplicación del artículo 14 por los Estados partes. CAT/C/GC/3 (13 de diciembre de 2012).

**Comité de Derechos Humanos.** *Concluding observations of the Human Rights Committee.* The Former Yugoslav Republic of Macedonia. CCPR/C/MKD/CO/2 (3 de abril de 2008).

- *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto.* Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Argelia. CCPR/C/79/Add.95 (18 de agosto de 1998).
- *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto.* Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Argelia. CCPR/C/DZA/CO/3 (12 de diciembre de 2007).
- *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto.* Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. España. CCPR/C/ESP/CO/5 (5 de enero de 2009).
- *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto.* Observaciones del Comité de Derechos Humanos. Republica Unida de Tanzania. CCPR/C/79/Add.12 (28 de diciembre de 1992).
- *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay.* CCPR/C/79/Add.90 (8 de abril de 1998).
- *Observación general N° 3.* Aplicación del Pacto a nivel nacional (artículo 2), en ONU. *Instrumentos internacionales de derechos humanos.* 2 Vols. Volumen I. Recopilación de las

observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) (27 de mayo de 2008), p. 206.

- *Observación General N° 6.* Artículo 6 - Derecho a la vida, en ONU. *Instrumentos internacionales de derechos humanos.* 2 Vols. Volumen I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) (27 de mayo de 2008), p. 206.
- *Observación general N° 7.* Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), en ONU. *Instrumentos internacionales de derechos humanos.* 2 Vols. Volumen I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) (27 de mayo de 2008), pp. 211-212.
- *Observación General n° 8.* Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9), en ONU. *Instrumentos internacionales de derechos humanos.* 2 Vols. Volumen I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) (27 de mayo de 2008), p. 213.
- *Observación general N° 20.* Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), en ONU. *Instrumentos internacionales de derechos humanos.* 2 Vols. Volumen I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) (27 de mayo de 2008), pp. 239-241.
- *Observación general N° 29.* Estados de emergencia (artículo 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 de agosto de 2001).
- *Observación general n° 31.* Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 de mayo de 2004).

**Consejo de Derechos Humanos.** *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos".* Nota verbal de fecha 20 de junio de 2006 dirigida a la Secretaría del Consejo de Derechos Humanos por la Misión Permanente de los Estados Unidos de América ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, A/HRC/1/G/1 (27 de junio de 2006).

- *Estudio conjunto preparado por el Sr. Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, el Sr. Manfred Nowak, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria,*

- representado por su Vicepresidente, el Sr. Shaheen Sardar Ali; y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, representado por su Presidente, el Sr. Jeremy Sarkin. A/HRC/13/42 (19 de febrero de 2010).*
- *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Côte d'Ivoire, A/HRC/17/49 (14 de junio de 2011).*
  - *Informe del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, sobre su segundo período de sesiones. A/HRC/22/41 (24 de diciembre de 2012).*
  - *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. A/HRC/16/47 (19 de enero de 2011).*
  - *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011).*
  - *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/22/45 (28 de enero de 2013).*
  - *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas. A/HRC/16/48/Add.3 (28 de diciembre de 2010).*
  - *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a México. A/HRC/19/58/Add.2 (20 de diciembre de 2012).*
  - *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. Adición. Misión al Afganistán. A/HRC/15/25/Add.2 (14 de junio de 2010).*
  - *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. A/HRC/7/4 (10 de enero de 2008)*
  - *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a El Salvador. A/HRC/7/2/Add.2.*
  - *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston. Addendum. Study on Targeted Killings. A/HRC/14/24/Add.6 (28 de mayo de 2006).*
  - *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Côte d'Ivoire. A/HRC/16/79 (25 de febrero de 2011).*



- Res. 16/16, Desapariciones forzadas o involuntarias, 24 de marzo de 2011.

## **Consejo de Seguridad**

### **Resoluciones**

- Res. 138 (1960), 23 de junio de 1960.
- Res. 589 (1985), 18 de diciembre de 1985.
- Res. 619 (1988), 27 de julio de 1988.
- Res. 638 (1989), 31 de julio de 1989.
- Res. 752 (1992), 15 de mayo de 1992.
- Res. 757 (1992), 30 de mayo de 1992.
- Res. 827 (1993), 25 de mayo de 1993.
- Res. 955 (1994), 8 de noviembre de 1994.
- Res. 1034 (1995), 21 de diciembre de 1995.
- Res. 1193 (1998), 28 de agosto de 1998.
- Res. 1214 (1998), 8 de diciembre de 1998.
- Res. 1267 (1999) del 15 de octubre de 1999.
- Res. 1373 (2001) del 28 de septiembre de 2001.
- Res. 1378 (2001), 13 de noviembre de 2001.
- Res. 1479 (2003), 13 de mayo de 2003.
- Res. 1509 (2003), 19 de septiembre de 2003.
- Res. 1540 (2004) del 8 de abril de 2004.
- Res. 1528 (2004), 27 de febrero de 2004.
- Res. 2002/16, *International cooperation in the prevention, combating and elimination of kidnapping and in providing assistance for the victims*, 24 de julio de 2002.

### **Informes**

- 5071ª sesión. Quincuagésimo noveno año. Jueves 4 de noviembre de 2004, Nueva York. S/PV.5071.
- *First report of the Secretary-General on the United Nations Operation in Burundi*. S/2004/682 (24 de agosto de 2004)
- *Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad*, 18 de septiembre de 2004, S/2005/60 (7 de febrero de 2005).
- *Informe del Grupo de Expertos establecido de conformidad con el párrafo 3 de la resolución 1591 (2005) relativa al Sudán*. S/2006/65 (30 de enero de 2006).
- *Informe del Secretario General con arreglo a los párrafos 6 y 13 a 16 de la resolución 1556 (2004) del Consejo de Seguridad*. S/2004/703 (30 de agosto de 2004).
- *Quinto informe del Secretario General sobre la Operación de las Naciones Unidas en Burundi*. S/2005/728 (21 de noviembre de 2005).
- *Second report of the Secretary-General on the United Nations Operation in Burundi*. S/2004/902 (15 de noviembre de 2004).
- *Special report of the Secretary-General on the United Nations Operation in Burundi*. S/2005/586 (14 de septiembre de 2005).

## **Consejo Económico y Social**

### **Resoluciones**

- Res. 1979/38, *Personas Desaparecidas*, 10 de mayo de 1979.
- Res. 1982/35, 7 de mayo de 1982.
- Res. 2002/16, *International cooperation in the prevention, combating and elimination of kidnapping and in providing assistance for the victims*, 24 de julio de 2002.

### **Otros**

- Decisión 80(LVIII), 6 de mayo de 1975
- *Informe del Consejo Económico y Social*. Protección de los derechos humanos en Chile. A/33/331 (25 de octubre de 1978).

**Departamento de Asuntos Económicos y Sociales Internacionales.** *Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.* Caracas, 25 de agosto a 5 de septiembre de 1980. A/CONF.87/14/Rev.1. Nueva York: Naciones Unidas, 1981.

## **Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias**

### **Comentarios Generales**

- *Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración*, en CDH. *Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias.* Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. E/CN.4/2001/68 (18 de diciembre de 2000), pp. 8-10.
- *Comentario General sobre el artículo 19 de la Declaración*, en CDH. *Cuestión de los Derechos Humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.* Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 1997. E/CN.4/1998/43 (12 de enero de 1998), pp. 18-20.
- *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias.* A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), pp. 13-18.
- *Comentario general sobre la definición de desaparición forzada*, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.* Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008), pp. 12-14.
- *Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado*, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias.* A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), pp. 10-18.
- *General Comment on Article 3 of the Declaration*, en CDH. *Question of the Human Rights of all Persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment.* Question of Enforced or Involuntary Disappearances. Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. E/CN.4/1996/38 (15 de enero de 1996), pp. 14-15.
- *General Comment on Article 4 of the Declaration*, en CDH. *Question of the Human Rights of all Persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment.* Question of Enforced or Involuntary Disappearances. Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. E/CN.4/1996/38 (15 de enero de 1996), pp. 15-16.

- *Observaciones Generales sobre el artículo 10 de la Declaración*, en CDH. *Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. E/CN.4/1997/34 (13 de diciembre de 1996), pp. 9-11.
- *Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración*, en CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. E/CN.4/2006/56 (27 de diciembre de 2005), pp. 14-17.
- *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones (31 de octubre a 9 de noviembre de 2012)*. A/HRC/WGEID/98/2 (14 de febrero de 2013).
- *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones (31 de octubre a 9 de noviembre de 2012)*. A/HRC/WGEID/98/1 (14 de febrero de 2013).

### **Métodos de Trabajo**

- *Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, aprobados el 14 de noviembre de 2009, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), pp. 122-128.
- *Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, aprobados el 4 de diciembre de 2008, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/10/9 (25 de febrero de 2009), pp. 100-106.
- *Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo*, aprobados el 30 de noviembre de 2007, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008), pp. 97-103.
- *Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo*, aprobados el 14 de noviembre de 2001, en ECOSOC. CDH. *Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*. Informe del

Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. E/CN.4/2002/79 (18 de enero de 2002), pp. 68-74.

- *Revised Methods of Work of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, aprobados el 11 de noviembre de 2011, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/19/58/Rev.1 (2 de marzo de 2012), pp. 140-146.

#### **Otros**

- *Post-sessional document*. Ninety-ninth session (11-15 March 2013). A/HRC/WGEID/99/1 (10 de junio de 2013).

**Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.** *La administración de justicia y los derechos humanos*. Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia. E/CN.4/Sub.2/1998/19 (19 de agosto de 1998)

- *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos*. Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de justicia y la cuestión de la indemnización. E/CN.4/Sub.2/1996/16, (13 de agosto de 1996).
- Res. 8(XXVII), 21 de agosto de 1974.

**Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.** *El enfoque del concepto de prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por parte del Subcomité para la Prevención de la Tortura en el marco del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cueleles, Inhumanos o Degradantes*. CAT/OP/12/6 (30 de diciembre de 2010).

#### **UNIÓN EUROPEA**

**Comisión Europea.** *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social*. Participación de los Actores no Estatales en la Política Comunitaria de Desarrollo. COM(2002) 598 final, Bruselas, 07 de noviembre de 2002.

**EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights.** *The Human Rights Responsibilities of the EU Member States in the Context of the CIA Activities in Europe (Extraordinary Renditions)*. Opinion nº 3-2006, 25 de mayo de 2006.

**Parlamento Europeo.** *Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos* (2006/2200(INI)). Comisión Temporal sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y la Detención Ilegal de Presos. Ponente: Giovanni Claudio FAVA. A6-0020/2007, 30 de enero de 2007.

- *Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos, mediados los trabajos de la comisión temporal*, (2006/2027(INI)), P6\_TA(2006)0316, 6 de julio de 2006.

#### **4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

##### **Tratados Internacionales**

*I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, p. 31.

*II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, p. 85.

*III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, p. 135.

*IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigencia el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, nº 973, 1950, p. 287.

*Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea*, Phnom Penh, 6 de junio de 20.

*Arab Charter on Human Rights*, League of Arab States, 22 de Mayo de 2004, entrada en vigencia el 15 de marzo de 2008.

*Carta de la Organización de los Estados Americanos*, Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de abril de 1948, entrada en vigor el 13 de diciembre de 1951.

*Carta de las Naciones Unidas*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, San Francisco, 26 de junio de 1945 entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

*Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su res. 39/46 de 10 de diciembre de 1984 y entrada en vigor el 26 de junio de 1987, *UNTS*, vol. 1465, p. 112.

*Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, entrada en vigencia el 14 de diciembre de 2005, *UNTS*, vol. 2349, p. 41.

*Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*, adoptada en Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1994, *UNTS*, vol. 1833, p. 3.

*Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, A/CONF.39/27 (1969), 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

*Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, 24 de abril de 1963, entrada en vigor el 19 de marzo de 1967, *UNTS*, vol. 596, p. 261.

*Convención Europea para la supresión del terrorismo*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 27 de enero de 1977, entrada en vigor el 4 de agosto de 1978, *UNTS*, vol. 1137, p. 93.

*Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, abierta para la firma el 25 de Julio de 1974 y entrada en vigencia el 27 de junio de 2003, en CONSEJO DE EUROPA, *European Treaty Series*, nº 82.

*Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, Asamblea General de la OEA, Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985 y entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará"*, adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 6 de septiembre de 1994, entrada en vigor el 3 de mayo de 1995.
- Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas*, Belem do Pará, AG/RES 1256 (XXIV–O/94), AGOEA, res. de 9 de junio 1994, entrada en vigor el 28 de marzo de 1996.
- Convención internacional contra la toma de rehenes*, adoptada por la AG en su res. 34/146, Nueva York, 17 de diciembre de 1979 y entrada en vigor el 3 de junio de 1983, *UNTS*, vol. 1316, p. 205.
- Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. AG, res. 61/177, adoptada el 20 de diciembre del 2006 y entrada en vigor el 23 de diciembre del 2010, *UNTS*, vol. 2715.
- Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la AG en su res. 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969, *UNTS*, vol. 660, p. 195.
- Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la AG en su res. 260 A (III), 9 de diciembre de 1948. *UNTS*, vol. 78, p. 277.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la AG en su res. 34/180, de 18 de diciembre de 1979 y entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, *UNTS*, vol. 1249, p. 13.
- Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su res. 2391 (XXIII), 26 de noviembre de 1968, entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970, *UNTS*, vol. 754, p. 73.
- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos*, adoptada por la AG en su res. 3166 (XXVIII), 14 de diciembre de 1973 y entrada en vigor el 20 de febrero de 1977, *UNTS*, vol. 1035, p. 167.
- Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción*, Conferencia diplomática sobre la prohibición total internacional de minas terrestres antipersonal, Oslo, 18 de septiembre de 1997, entrada en vigor el 1 de marzo de 1999, *UNTS*, vol. 2056, p. 211.
- Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático*, adoptada en París el 2 de noviembre de 2001 y entrada en vigor el 2 de enero de 2009, *UNTS*, vol. 2399, p. 361.



*Convención sobre los derechos del niño*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la AG en su res. 44/25, 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, *UNTS*, vol. 1577, p. 3.

*Convención sobre municiones en racimo*, Conferencia diplomática para la adopción de una Convención sobre Municiones en Racimo, Dublín, 30 de mayo de 2008, entrada en vigor el 1 de agosto de 2010, *UNTS*, vol. 2688.

*Convenio IV de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, 18 de octubre de 1907 [En línea]. *Cruz Roja Española*. Disponible en <[http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Convenio IV de la Haya de 1907.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Convenio_IV_de_la_Haya_de_1907.pdf)>. [Consulta: 9 de mayo de 2014].

*Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas*, Londres, 19 de junio de 1951.

*Convenio Europeo de Derechos Humanos* (en adelante, CEDH), Consejo de Europa, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entrado en vigor el 3 de septiembre de 1953, *UNTS*, vol. 213.

*Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes*, CPT/Inf/C (2002) 1, Estrasburgo, 26 de noviembre de 1987 y entrado en vigor el 1 de febrero de 1989.

*Convenio internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios*, aprobado por la AG en su res. 44/34, 4 de diciembre de 1989, entrada en vigencia el 20 de octubre de 2001, *UNTS*, vol. 2163, p. 75

*Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, La Haya, 25 de octubre de 1980, entrado en vigor el 1 de diciembre de 1983, *UNTS*, vol. 2241, p. 424.

*OAU Convention for the Elimination of Mercenarism in Africa*, Libreville, adoptada el 3 de julio de 1977.

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la res. 2200 A (XXI) de la AG, 16 de diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, *UNTS*, vol. 999, p. 171.

*Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, aprobado en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978, *UNTS*, vol. 1125, p. 3.

*Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, aprobado en la

Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978, *UNTS*, vol. 1125, p. 609.

*Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su res. 77/199, 18 de diciembre de 2002, entrado en vigor el 22 de junio de 2006, *UNTS*, vol. 2375, p. 237.

*Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su res. 2200 A (XXI) de 16 diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, *UNTS*, vol. 999, p. 171.

*Protocolo n° 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte*, Estrasburgo, 28 de abril de 1983.

*Protocolo n° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984.

*Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio*, Estrasburgo, 11 de mayo de 1994, entrado en vigor el 1 de noviembre de 1998.

*The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*, Dayton, 21 de noviembre de 1995, suscrito por la República de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federal de Yugoslavia.

### **Instrumentos de Soft Law**

*Cairo Declaration on Human Rights in Islam*, Islamic Conference of Foreign Ministers, 5 de agosto de 1990, traducida al inglés en AG. *Status of Preparation of Publication, Studies and Documents for the World Conference*. Note by the Secretariat. Addendum. Contribution of the Organization of the Islamic Conference. A/CONF.157/PC/62/Add.18 (9 de junio de 1993).

*Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, adoptado por la AG en su resolución 34/169, 17 de diciembre de 1979.

*Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, aprobados por la CDH, E/CN.4/2005/102/Add.1 (8 de febrero de 2005).

*Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, res. 43/173 de la AG, 9 de diciembre de 1988.

*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.* Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

*Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,* adoptada por la AG en su res. 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

*Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas,* aprobada por la AG en su res. 2625 (XXV), 24 de octubre de 1970

*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder,* adoptada por la AG en su res. 40/34, 29 de noviembre de 1985.

*Declaración Universal de los Derechos Humanos,* aprobada y proclamada por la AG en su res. 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

*Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa,* Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 24 de octubre de 2011.

*Principles concerning Missing Persons and the Presumption of Death.* Consejo de Europa, Comité de Ministros, recomendación CM/Rec(2009)12, 9 de diciembre de 2009.

*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, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990.

*Principios de la administración de justicia por los tribunales militares,* en CDH. SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Administración de justicia, Estado de Derecho y democracia.* Cuestión de la administración de justicia mediante tribunales militares. Informe presentado por Emmanuel DECAUX. E/CN.4/Sub.2/2004/7 (14 de junio de 2004).

*Principios Rectores de los desplazamientos internos,* en CDH. *Intensificación de la Promoción y el Fomento de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en particular la Cuestión del Programa y los Métodos de Trabajo de la Comisión Derechos Humanos, Éxodos en Masa y Personas Desplazadas.* Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. DENG, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición. E/CN.4/1998/53/Add.2 (11 de febrero de 1998).

*Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias,* recomendados por el ECOSOC en la res. 1989/65, 24 de mayo de 1989.

*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobados por la Comisión IDH en el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26 (13 de marzo de 2008).

*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*, res. 60/147 de la AG, 16 de diciembre de 2005.

*Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, 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 ECOSOC en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

*Resolution on Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa*, aprobada por la res. 61(XXXII)02 de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Banjul, Gambia, 17 al 23 de octubre de 2002.

*Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial*, aprobada por la res.4(XI)92, de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Túnez, República Tunecina, 2 al 9 de marzo de 1992.

*The Montreux Document*. On Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict. CICR-Federal Department of Foreign Affairs-Swiss Confederation, Montreux, 17 de septiembre de 2008

*Universal Islamic Declaration of Human Rights*, Consejo Islámico de Europa, París, 21 Dhul Qaidah 1401/19 de septiembre de 1981.

### **Estatutos y reglamentos de tribunales internacionales**

*Charter of the International Military Tribunal*, en *Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis*, Londres, 8 de agosto de 1945, anexo.

*Control Council Law No. 10* [En línea], en YALE LAW SCHOOL. LILLIAN GOLDMAN LAW LIBRARY. *The Avalon Project*. Documents in Law, History and Diplomacy. Disponible en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>. [Consulta: 9 de julio de 2014].

*Elementos de los crímenes*, Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, 3 al 10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3.

*Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* [En línea]. *International Court of Justice*. Disponible en <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>>. [Consulta: 31 de agosto de 2014].

*International Military Tribunal for the Far East Charter (IMTFE Charter)* [En línea], en UNIVERSITY OF OSLO. FACULTY OF LAW, 19 de enero de 1946. Disponible en <<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>>. [Consulta: 9 de julio de 2014].

*Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado por la CorteIDH en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2001 y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

*Regulation No 1999/1 on the Authority of the Transitional Administration in East Timor*. UNTAET/REG/1999/1 (27 de noviembre de 1999).

*Regulation No 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences*. UNTAET/REG/2000/15 (6 de junio de 2000).

*Rules of Court*. TEDH, Registry of the Court, Strasbourg, 1 de septiembre de 2012.

*Rules of Procedure and Evidence*, TPIY, adoptadas el 11 de febrero de 1994 (última enmienda: 19 noviembre de 2012), IT/32/Rev. 48.

*Rules of Procedure and Evidence*, TPIR, adoptadas el 29 de junio de 1995 (última enmienda: 1 octubre de 2009).

*Rules of Procedure and Evidence*, SCSL adoptadas el 16 de enero de 2002 (última enmienda: 31 de mayo de 2012), regla 124.

*Statute of the Special Court for Sierra Leone* [En línea], 16 de enero de 2002, *The Special Court for Sierra Leone and the Residual Special Court for Sierra Leone*. Disponible en <<http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>>. [Consulta: 10 de julio de 2014].

## **5. LEGISLACIÓN NACIONAL**

### **ARGENTINA**

Ley 23.492. *Dispónese [sic.] la extinción de acciones penales por presunta participación, en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049 y por aquellos vinculado a la instauración de formas violentas de acción política. Excepciones*, 23 de diciembre de 1986.

Ley 23.511, *Banco Nacional de Datos Genéticos*, sancionada el 13 de mayo de 1987.

Ley 24.321, *Regulación de la ausencia de personas por desaparición forzada*, publicada el 10 de junio de 1994.

## **BRASIL**

Lei Nº 9.140, *Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências*, 4 de diciembre de 1995.

## **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*, NS/RKM/0801/12, en AMBOS, Kai/OTHMAN Mohamed (eds.). *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2003, pp. 267-280.

## **CHILE**

Ley 20.377, *sobre declaración de ausencia por desaparición forzada de personas*, publicada el 8 de febrero de 2012.

## **ESTADOS UNIDOS**

*Torture Victim Protection Act of 1991*. 102nd Congress (1991-1992). H.R.2092.ENR.

## **ITALIA**

*Decreto del Presidente della Repubblica, 11 de marzo de 2013, n. 27, Regolamento recante applicazione dell'articolo VII della Convenzione fra i paesi aderenti al Trattato del Nord Atlantico sullo «status» delle loro Forze armate*, 13G00074, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* n.76 del 30 de marzo de 2013

## PERÚ

Ley 28.413, *Que regula la ausencia por desaparición forzada durante el período 1980-2000*, 24 de noviembre de 2004.

## URUGUAY

Ley n° 15.848. *Funcionarios Militares y Policiales*. Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985. Publicada el 28 de diciembre de 1986.

Ley N° 17.894, *Personas cuya desaparición forzada resultó confirmada por el Anexo 3.1 del informe final de la Comisión para la Paz*, publicada el 19 de septiembre de 2005.

Ley n° 18.831. *Pretensión Punitiva del Estado*. Restablecimiento para los Delitos cometidos en aplicación del Terrorismo de Estado hasta el 10 de marzo de 1985, 27 de octubre de 2011.

## 6. ARTÍCULOS DE PRENSA

FERRARELLA, Luigi. *Caso Abu Omar, la grazia fondata su un errore*. [En línea]. *Il Corriere della Sera*, Disponible en [http://archiviostorico.corriere.it/2013/aprile/09/Caso\\_Abu\\_Omar\\_grazia\\_fondata\\_co\\_0\\_20130409\\_03fa2832-a0d7-11e2-9c13-69dbb89f7f7d.shtml](http://archiviostorico.corriere.it/2013/aprile/09/Caso_Abu_Omar_grazia_fondata_co_0_20130409_03fa2832-a0d7-11e2-9c13-69dbb89f7f7d.shtml). [Consulta: 13 de mayo de 2014].

FISCHER, Max. *The story of how a Milan CIA Station Chief became a Fugitive, now Caught in Panama* [En línea]. *The Washington Post*, 19 de Julio de 2013. Disponible en <http://www.washingtonpost.com/blogs/worldviews/wp/2013/07/18/the-story-of-how-a-milan-cia-station-chief-became-a-fugitive-now-caught-in-panama/>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

GINZBERG, Victoria. *Al final, Guido también buscó a Estela* [En línea]. *Página 12*, 6 de agosto de 2014. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-252358-2014-08-06.html>. [Consulta: 6 de agosto de 2014].

HERNÁNDEZ, Belén. *Una fosa común bajo los columpios* [En línea]. *El País*, 17 de agosto de 2011. Disponible en [http://www.elpais.com/articulo/espana/fosa/comun/columpios/elpepiesp/20110817elpepinac\\_1/5/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/fosa/comun/columpios/elpepiesp/20110817elpepinac_1/5/Tes). [Consulta: 6 de agosto de 2014].

MAYER, Jane. *Outsourcing Torture*. [En línea] *New Yorker*, vol. 81, Issue 1, 14 de febrero de 2005, pp. 106-123. Disponible en Academic Search Premier. [Consulta: 13 de marzo de 2012].

MILLER, Greg. *Ex-CIA Operative Convicted in Italy of Kidnapping Muslim Cleric is Detained* [En línea]. *The Washington Post*, 19 de Julio de 2013. Disponible en [http://www.washingtonpost.com/world/national-security/ex-cia-operative-convicted-in-italy-of-kidnapping-muslim-cleric-is-detained/2013/07/18/4556ed6a-efe2-11e2-bed3-b9b6fe264871\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/national-security/ex-cia-operative-convicted-in-italy-of-kidnapping-muslim-cleric-is-detained/2013/07/18/4556ed6a-efe2-11e2-bed3-b9b6fe264871_story.html). [Consulta: 13 de mayo de 2014].

MILLER, Greg/DEYOUNG, Karen. *Panama Releases former CIA Operative Wanted by Italy* [En línea]. *The Washington Post*, 19 de Julio de 2013. Disponible en [http://www.washingtonpost.com/world/national-security/panama-releases-former-cia-operative-wanted-by-italy/2013/07/19/c73ebc12-f083-11e2-a1f9-ea873b7e0424\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/national-security/panama-releases-former-cia-operative-wanted-by-italy/2013/07/19/c73ebc12-f083-11e2-a1f9-ea873b7e0424_story.html). [Consulta: 13 de mayo de 2014].

MYERS, Lisa/ROSTON, Aram. *CIA Accused of Detaining an Innocent Man: If the Agency Knew He Was the Wrong Man, Why Was He Held?* [En línea]. *NBC News*, 21 de abril de 2005. Disponible en <http://www.msnbc.msn.com/id/7591918/>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

OLIMPIO, Guido. *Bob Seldon Lady atterrato negli Usa* [En línea]. *Corriere della Sera*, 19 de julio de 2013. Disponible en [http://www.corriere.it/esteri/13\\_luglio\\_19/bob-seldon-lady-usa-cia\\_63c06bb8-f08d-11e2-ac13-57f4c2398ffd.shtml](http://www.corriere.it/esteri/13_luglio_19/bob-seldon-lady-usa-cia_63c06bb8-f08d-11e2-ac13-57f4c2398ffd.shtml). [Consulta: 13 de mayo de 2014].

- *Chi è Bob Seldon Lady? L'ex agente della Cia gioviale e con una grande passione per l'Italia* [En línea]. *Corriere della Sera*, 19 de julio de 2013. Disponible en [http://www.corriere.it/esteri/13\\_luglio\\_18/seldon-ritratto-olimpio-abu-omar\\_3b47f5a2-efd4-11e2-9090-ec9d83679667.shtml](http://www.corriere.it/esteri/13_luglio_18/seldon-ritratto-olimpio-abu-omar_3b47f5a2-efd4-11e2-9090-ec9d83679667.shtml). [Consulta: 13 de mayo de 2014].

- *Tutti i misteri della cattura di Lady. La strana imprudenza di uno 007 «perfetto»* [En línea]. *Corriere della Sera*, 19 de julio de 2013. Disponible en [http://www.corriere.it/esteri/13\\_luglio\\_19/nuovo-olimpio-lady-cia-abu-omar\\_6fd44340-f01d-11e2-ac13-57f4c2398ffd.shtml](http://www.corriere.it/esteri/13_luglio_19/nuovo-olimpio-lady-cia-abu-omar_6fd44340-f01d-11e2-ac13-57f4c2398ffd.shtml). [Consulta: 13 de mayo de 2014].

PANEBLANCO, Angelo. *La credibilità di un Paese* [En línea]. *Corriere della Sera*, 21 de julio de 2013, Disponible en [http://www.corriere.it/editoriali/13\\_luglio\\_21/credibilita-di-un-paese-panebianco\\_d6623000-f1ca-11e2-9522-c5658930a7bc.shtml](http://www.corriere.it/editoriali/13_luglio_21/credibilita-di-un-paese-panebianco_d6623000-f1ca-11e2-9522-c5658930a7bc.shtml). [Consulta: 13 de mayo de 2014].

PEREGIL, Francisco. *El nieto de Estela de Carlotto: "Me parece maravilloso y mágico todo esto"* [En línea]. *El País*, 8 de agosto de 2014. Disponible en [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/08/actualidad/1407508886\\_852289.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/08/actualidad/1407508886_852289.html). [Consulta: 13 de agosto de 2014].

- *La presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo pudo abrazar a su nieto* [En línea]. *El País*, 7 de agosto de 2014. Disponible en [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/07/actualidad/1407433287\\_663608.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/07/actualidad/1407433287_663608.html). [Consulta: 13 de agosto de 2014].

- *Uno de los símbolos de las Abuelas de Plaza de Mayo recupera a su nieto* [En línea]. *El País*, 5 de agosto de 2014. Disponible en



<[http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/05/actualidad/1407267514\\_234037.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/05/actualidad/1407267514_234037.html)>  
.[Consulta: 6 de agosto de 2014].

PRADHAN, Alka. "Outside the United States, Extraordinary Rendition on Trial" [En línea], *ASIL Insights*, vol. 15, Issue 19, 2 de noviembre de 2011. Disponible en <<http://www.asil.org/insights/volume/15/issue/29/outside-united-states-extraordinary-rendition-trial>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

PRIEST, Dana. *Wrongful Imprisonment: Anatomy of a CIA Mistake* [En línea]. *The Washington Post*, 4 de diciembre de 2005. Disponible en <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/12/03/AR2005120301476.html>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

REBOSSIO, Alejandro, *Una lista para la esperanza: los 105 hijos de secuestradas recuperados en Argentina* [En línea], *El País*, 5 de julio de 2012. Disponible en <[http://internacional.elpais.com/internacional/2012/07/05/actualidad/1341484432\\_107432.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2012/07/05/actualidad/1341484432_107432.html)>  
.[Consulta: 9 de julio de 2014].

#### Artículos sin identificación del autor

*Abu Omar, Napolitano grazia il colonnello Joseph Romano* [En línea], *La Repubblica*, 5 de abril de 2013. Disponible en <[http://www.repubblica.it/politica/2013/04/05/news/abu\\_omar\\_napolitano\\_grazia\\_il\\_colonnello\\_joseph\\_romano-56032448/?ref=HRER2-1](http://www.repubblica.it/politica/2013/04/05/news/abu_omar_napolitano_grazia_il_colonnello_joseph_romano-56032448/?ref=HRER2-1)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

*Abu Omar, Seldon Lady rilasciato. E' rientrato negli Stati Uniti* [En línea]. *La Repubblica*, 19 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.repubblica.it/esteri/2013/07/19/news/abu\\_omar\\_lady\\_rilasciato\\_in\\_volo\\_per\\_usa-63323229/](http://www.repubblica.it/esteri/2013/07/19/news/abu_omar_lady_rilasciato_in_volo_per_usa-63323229/)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

*Caso Abu Omar, arrestato a Panamá l'ex capocentro della Cia Robert Seldon Lady* [En línea]. *Corriere della Sera*, 18 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.corriere.it/esteri/13\\_luglio\\_18/seldon-lady-panama-abu-omar\\_3369f8be-efcd-11e2-9090-ec9d83679667.shtml](http://www.corriere.it/esteri/13_luglio_18/seldon-lady-panama-abu-omar_3369f8be-efcd-11e2-9090-ec9d83679667.shtml)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

*Caso Abu Omar: Robert Seldon Lady, ex capocentro Cia, arrestato a Panama* [En línea]. *L' Huffingthon Post*, 19 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.huffingtonpost.it/2013/07/18/caso-abu-omar-robert-seldon-lady-arrestato\\_n\\_3617900.html](http://www.huffingtonpost.it/2013/07/18/caso-abu-omar-robert-seldon-lady-arrestato_n_3617900.html)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

*Caso Abu Omar: Robert Seldon Lady rilasciato. È in volo per gli Usa* [En línea]. *L' Huffingthon Post*, 19 de julio de 2013. Disponible en <[http://www.huffingtonpost.it/2013/07/19/robert-seldon-lady-rilasciato-volo-usa\\_n\\_3624010.html](http://www.huffingtonpost.it/2013/07/19/robert-seldon-lady-rilasciato-volo-usa_n_3624010.html)>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

*El abrazo soñado. “No podía creer que le dijera abu”* [En línea]. *Página 12*, 7 de agosto de 2014. Disponible en <<http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-252434-2014-08-07.html>>. [Consulta: 7 de agosto de 2014].

*Già libero il regista del caso Abu Omar. La Cancellieri: rammarico per l'epilogo* [En línea]. *La Stampa*, 19 de julio de 2013. Disponible en <<http://www.lastampa.it/2013/07/19/esteri/seldon-lady-dubbi-sullestradizione-insieme-a-lui-cera-anche-una-donna-8KR2UCBuB2EAY2GkN26gkN/pagina.html>>. [Consulta: 13 de mayo de 2014].

*Grazia del Presidente Napolitano ai sensi dell'art.87 comma 11 della Costituzione*. Comunicato. *Quirinale*, Presidenza della Repubblica, Roma, 5 de abril de 2013. Disponible en <<http://www.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Comunicato&key=14800>>. [Consulta: 22 de julio de 2014].

*Memoria, verdad y justicia. Un «giro drástico» en la causa por la apropiación* [En línea]. *Página 12*, 7 de agosto de 2014. Disponible en <<http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-252440-2014-08-07.html>>. [Consulta: 7 de agosto de 2014].

## 7. FUENTES AUDIOVISUALES

*Argo* [DVD]. Director: Ben AFFLECK. Producción: Warner Bros. Pictures/GK Films/Smoke House Pictures. Distribución: Warner Bros Digital, s. f. (2012).

*Bajo Juárez: La ciudad devorando a sus hijas* [En línea]. Director: Alejandra SÁNCHEZ. Producción: Foprocine et al. *Youtube*, 2007. Disponible en <<http://www.youtube.com/watch?v=GZyysImHW-c>> [Consulta: 24 de julio de 2014].

*Ciudad Juárez, la más violenta de México* [En línea]. RTVE, Informe Semanal, 19 de diciembre de 2009. Disponible en <<http://www.rtve.es/alacarta/videos/informe-semanal/informe-semanal-ciudad-juarez-mas-violenta-mexico/653274/>>. [Consulta: 16 de febrero de 2014].

*Crónica de una fuga* [DVD]. Director: Adrián CAETANO. Producción: K & S Films. Distribución: 20th Century Fox de Argentina, 2006 (2006).

*Darfur Now* [DVD]. Director: Ted BRAUN. Producción: Mandalay Independent Pictures/Participant Productions. Distribución: Warner Bros Home Video, 2007.

*Eichmann* [DVD]. Director: Robert YOUNG. Producción: Entertainment Motion Pictures (E-Motion) et al. Distribución: Warner Bros Digital, 2007.

- Expediente Anwar* [DVD]. Director: Gavin HOOD. Producción: New Line Cinema. Distribución: Naiff, S.A., s.f., 2007.
- Extraordinary Rendition* [DVD]. Director: Jim THREAPLETON. Producción: Ultrafilm. Distribución: Bfs Entertainment, 2008 (2007).
- Fernando ha vuelto* [DVD]. Director: Silvio CAIOZZI. Producción: Caiozzi y García Ltda., s. f. (1998).
- Garage Olimpo* [DVD]. Director: Marco BECHIS. Producción: Paradis Films/Classic/Nisarga. Distribución: Vertice Cine, 2004 (1999).
- Homeland*. Primera temporada [DVD]. Creadores: Howard GORDON, Alex GANSA, Gideon RAFF. Producción: Showtime/Fox 21. Distribución: T.C.F.H.E. España, S.A., 2011.
- La noche de los lápices* [DVD]. Director: Héctor OLIVERA. Producción: Aries Cinematográfica. Distribución: Cameo Media S.L., 2004 (1986).
- Largo domingo de noviazgo* [DVD]. Director: Jean-Pierre JEUNET. Producción: 2003 Productions/Warner Bros. Pictures. Distribución: Warner Home Video, 2005 (2004).
- Missing* [DVD]. Director: Constantin COSTA-GAVRAS. Producción: Universal Pictures. Distribución: Criterion Collection, 2002 (1982).
- Nostalgia de la luz* [DVD]. Director: Patricio GUZMÁN. Producción: Jirafa/Atacama Production, (2010).
- Sand and Sorrow* [DVD]. Director: Paul FREEDMAN. PRODUCCIÓN: Amahoro. Distribución: Hbo Home Video, 2007.
- Sur* [DVD]. Directora: Fernando SOLANAS. Producción: Canal+/Cinesur/Productions Pacific. Distribución: Trigon-Film, s.f. (1988).
- The Eichman Trial* [En línea]. Director: Leo HURWITZ. *Youtube-Yad Vashem Museum*. Disponible en <http://www.youtube.com/EichmannTrialEN>>. [Consulta: 21 de julio de 2014].