



LAS DESAPARICIONES FORZADAS DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Juan Pablo PÉREZ-LEÓN ACEVEDO

SUMARIO:

1. LAS VIOLACIONES SERIAS DE DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMO CRÍMENES INTERNACIONALES. 1.1. Consideraciones generales. 1.2. El caso de la desaparición forzada de personas. 2. LA CRIMINALIZACIÓN INTERNACIONAL DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. 2.1. La desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. 2.2. La desaparición forzada de personas como crimen de guerra. 3. LOS ÁMBITOS *RATIONE MATERIAE*, *RATIONE PERSONAE* Y *RATIONE TEMPORIS* DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. 3.1. Ámbito *ratione materiae*. 3.2. Ámbito *ratione personae*. 3.3. Ámbito *ratione temporis*. 4. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN CASOS DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. 4.1. Obligación de sancionar a los perpetradores. 4.2. No aplicación de leyes de amnistía. 4.3. Obligación de reparar a las víctimas. 5. REFLEXIÓN FINAL.

1. LAS VIOLACIONES SERIAS DE DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMO CRÍMENES INTERNACIONALES

1.1. *Consideraciones generales*

En primer lugar, se puede considerar la existencia de dos categorías de crímenes internacionales: a) los crímenes internacionales *sensu stricto*, que vulneran normas de *ius cogens* y b) los crímenes establecidos por tratados o *treaty crimes* y que no vulneran normas de *ius cogens*¹. Respecto a la primera categoría y a la cual se refiere el presente trabajo, una definición operativa apropiada es proporcionada por Cassese cuando sostiene que: “Violations of either international customary rules which are intended to protect values considered important by the whole international community and consequently

1. Cfr. SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, 2nd ed., Cambridge, 2004, p. 34; Informe de la Comisión de Derecho Internacional de su 46ª sesión de trabajo, 2 de mayo-22 de julio de 1994. Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional. UN Doc. A/49/10, pp. 38 y ss.

bind all States and individuals, or of treaty rules that spell out, clarify, develop or elaborate upon general principles of customary rules, and are applicable in the case at issue”².

Por ende, estas normas vinculan a los sujetos de Derecho internacional, lo que incluye a los individuos, a la vez que existe un interés universal en la represión de esas conductas y si el individuo actuó en su capacidad oficial no puede invocar inmunidad de jurisdicción a efectos de exoneración o atenuación de responsabilidad internacional individual³.

De conformidad con lo anterior, las cuatro grandes categorías de crímenes internacionales, de acuerdo al Derecho internacional consuetudinario y convencional y según la jurisprudencia internacional son: el crimen de agresión, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra⁴. Estos crímenes han constituido, con sus particularidades, la competencia *ratione materiae* de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda así como de la Corte Penal Internacional y de los tribunales penales mixtos o internacionalizados. Al respecto es oportuno citar al Estatuto de la Corte Penal Internacional cuando en el cuarto párrafo de su preámbulo hace referencia a, “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Asimismo, a nivel de Derecho internacional consuetudinario se considera a la tortura *per se* como crimen internacional mientras que cierto sector de la doctrina inclu-

2. CASSESE, A., *International Law*, 2 nd ed., New York / Oxford, 2005, p. 436.

3. Cfr. CASSESE, A., *International Criminal Law*, New York / Oxford, 2003, p. 24.

4. El fundamento de la pertenencia a la categoría de crímenes internacionales en sentido estricto, a nivel jurisprudencial puede encontrarse en, Crimen de agresión: Tribunal Militar Internacional de Núremberg, *Francia y otros vs. Goering y otros*, Sentencia de 30 de septiembre-1 de octubre de 1946, p. 186; Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Sentencia, 26 de febrero de 2007, párrafos 147 y ss.; Genocidio: Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), *Prosecutor vs. Kambanda*, Caso No. ICTR-97-23-T, Sentencia (Cámara de Juicio), 4 de septiembre de 1998, párrafos 14 y 16; Crímenes de lesa humanidad: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia, 26 de septiembre de 2006, párrafo 99; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), *Prosecutor vs. Erdemovic*, Caso No. IT-96-22-T, Sentencia (Cámara de Juicio), 29 de noviembre de 1996, párrafo 28; Crímenes de guerra: TPIY, *Prosecutor vs. Tadic*, Caso No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Cámara de Apelaciones), 2 de octubre de 1995, párrafo 94; CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Sentencia, ICJ Reports 1986, párrafo 215.

ye algunas manifestaciones del terrorismo internacional *per se* como crimen internacional⁵.

Respecto a la desaparición forzada de personas, el estado de la cuestión permitiría afirmar en coincidencia con Bassiouni, Ambos y Cassese⁶ que no es *per se* un crimen de Derecho internacional *sensu stricto*. En tal sentido, analizaremos más adelante en que categoría puede ubicarse.

En segundo lugar, la criminalización de violaciones graves de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario y por lo tanto su calificación como crímenes internacionales, está referida de manera fundamental al denominado núcleo duro de los derechos humanos y normas fundamentales del Derecho internacional humanitario. Este núcleo duro comprende derechos caracterizados por su inderogabilidad. Así tenemos que encajan dentro de la categoría señalada: el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratamientos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros. La enumeración efectuada resulta, por un lado, de instrumentos de los sistemas internacionales universal y regionales de protección de derechos humanos⁷ y, por otro lado, del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en el ámbito del Derecho internacional humanitario. De esta forma, poseen el estatus de normas de *ius cogens* o de normas imperativas de Derecho internacional en tanto salvaguardan los intereses y valores básicos de la comunidad internacional en su conjunto. Estos instrumentos coinciden en que tales derechos deben ser respetados en cualquier lugar y circunstancias y como consecuencia no son factibles de derogación.

5. Respecto a la tortura véanse: Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido*, Sentencia, 21 de noviembre de 2001, parágrafos 60 y 61; TPIY, *Prosecutor vs. Furundzija*, Caso No. IT-95-17/1-T10, Sentencia (Cámara de Juicio), 10 de diciembre de 1998, parágrafos 155-156.

Respecto al terrorismo internacional cfr. CASSESE, A., *International...*, *cit. supra* en nota 2, pp. 128 y ss.

6. BASSIOUNI, M., "The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework", en BASSIOUNI, M. (ed.), *International Criminal Law*, 2 nd ed., vol. I, New York, 1999, pp. 98 y ss.; AMBOS, K., *El Nuevo Derecho Penal Internacional*, Lima, 2004, pp. 76 y ss; CASSESE, A., "Crimes against Humanity", en CASSESE, A., GAETA, P., y JONES, J. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, New York-Oxford, 2002, p. 376.

7. Así tenemos: artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; artículo 15.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; y artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969.

Ahora bien, de una aproximación a la relación entre crímenes internacionales y el concepto de *ius cogens*, se puede sostener que si bien un crimen internacional implica una violación de una norma imperativa de Derecho internacional general; no toda violación de derechos humanos y normas esenciales del Derecho internacional humanitario, considerada como *ius cogens*, se entiende como crimen internacional. En efecto, para tal calificación deberá verificarse la presencia de los elementos de estos crímenes. Por ejemplo, la realización de manera sistemática o generalizada de tales violaciones –crimen de lesa humanidad– o su conexión con un conflicto armado –crimen de guerra–.

1.2. *El caso de la desaparición forzada de personas*

En el caso específico de la desaparición forzada de personas podemos apreciar que la relación entre crímenes internacionales y violaciones serias de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario se da de manera especialmente manifiesta. En efecto, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrollada en numerosas ocasiones a partir de hechos ocurridos durante conflictos armados no internacionales, se ha considerado que la desaparición forzada de personas involucra la violación múltiple de la libertad, integridad, seguridad, vida y debido proceso⁸. El siguiente párrafo del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* sintetiza apropiadamente el criterio de violación seria de múltiples derecho: “La desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos”⁹.

En tal sentido, como bien ha señalado Cançado Trindade en su voto razonado en el caso *Goibirú vs. Paraguay*, los crímenes de lesa humanidad, y en específico el de desaparición forzada, se encuentran en la confluencia de

8. En el marco de las desapariciones forzadas de personas, referencias específicas a vulneraciones a la libertad, integridad, vida y debido proceso, pueden ser obtenidas, respectivamente, en Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia, 20 de enero de 1989, párrafo 196; Corte IDH, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, Sentencia, 15 de marzo de 1989, párrafo 148; Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia, 29 de julio de 1988, párrafo 188; Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Sentencia, 3 de noviembre de 1997, párrafos 63 y ss.

9. Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia, 25 de noviembre de 2000, párrafo 128.

las áreas del Derecho penal internacional, Derecho internacional humanitario y Derecho internacional de los derechos humanos, debido a que las respectivas normas que tienen el valor de *ius cogens* son vulneradas de manera generalizada y sistemática, afectando lo que él denomina “conciencia jurídica universal”¹⁰.

Como puede deducirse, la desaparición forzada de personas afecta una parte importante de los derechos integrantes del núcleo duro de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, antes referido. En este contexto, la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur a partir de cuyo informe final el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas decidió remitir esa situación a la Corte Penal Internacional y que, en la actualidad es uno de los casos ante esta corte¹¹, ha explicitado la relación entre violaciones serias de derechos humanos, Derecho internacional humanitario y la criminalización de las mismas al señalar que, “[...] the arrest and detention of persons by the State security apparatus and the Military intelligence, including during attacks and intelligence operations against villages, apart from constituting serious violations of international human rights law, may also amount to the crime of enforced disappearance as a crime against humanity”¹².

A su vez, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha considerado que la desaparición forzada de personas está prohibida en el Derecho internacional humanitario consuetudinario, ya que vulnera una serie de derechos del núcleo duro ya explicitados¹³. Ejemplo de ello, entre otras fuentes, son sucesivos pronunciamientos en las conferencias del Comité Internacional de la Cruz Roja que coincidieron en señalar que las desapariciones forzadas, en especial las cometidas de manera generalizada o sistemática, vulneran seriamente las normas del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos¹⁴.

10. Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia, 22 de septiembre de 2006. Voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade, párrafos 40-43.

11. Corte Penal Internacional (CPI), *Case The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, Case ICC-02/05-01/07.

12. International Commission of Inquiry on Darfur. *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*. Ginebra, 25 de marzo de 2005, párrafo 410.

13. “Rule 98. Enforced disappearance is prohibited”. HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L. (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005, p. 340.

14. Véase, por ejemplo, 27 Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Luna Creciente Roja, Ginebra, 31 de octubre-6 de noviembre de 1999, Res. I, anexo 2, Plan de Acción para los años 2000-2003, Acciones propuestas para una meta final, en *ibid.*, p. 2311.



2. LA CRIMINALIZACIÓN INTERNACIONAL DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

2.1. *La desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad*

Resulta pertinente utilizar una definición operativa de los crímenes de lesa humanidad. Dentro de este contexto, la definición dada en el artículo 7.1 Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 es de especial valía toda vez que recoge lo regulado en los artículos 5 y 3, respectivamente, de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Definición que es, en su mayor parte, conforme con el Derecho internacional consuetudinario y que empezó a formarse con los estatutos y sentencias de los Tribunales Militares de Nüremberg y Tokio, a mediados del siglo pasado. En ese contexto y de acuerdo al Estatuto de la Corte Penal Internacional, se entenderá que la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad cuando se cometa, “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, un ataque generalizado requiere de una gran cantidad de víctimas, que puede ser resultado de múltiples actos o de un acto único de extraordinaria magnitud. El ataque es sistemático si se lleva conforme a una política o plan preconcebido que sirva de guía a los perpetradores respecto del objeto del ataque¹⁵.

De lo enunciado, se puede deducir que hay una relación intensa entre, por un lado, las violaciones graves de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario y, por otro lado, la comisión generalizada o sistemática de tales violaciones; siendo que tal comisión es un elemento definidor central de los crímenes de lesa humanidad. Sobre el particular Merón ha afirmado que estos crímenes, “overlap with some violations of fundamental human rights [...] which thus become criminalized under a multilateral treaty”¹⁶.

Ahora bien, pese a que como afirmamos, la desaparición forzada de personas no es por sí misma un crimen internacional *sensu stricto*, sí alcanza tal

15. Sobre el carácter de generalidad véase: TPIY, *Prosecutor vs. Blaskic*, Caso No. IT-95-14, Sentencia (Cámara de Juicio), 3 de marzo de 2000, parágrafo 206. Sobre el carácter de sistematicidad véase: TPIY, *Prosecutor vs. Vasiljevic*, Caso No. IT-98-32-T, Sentencia (Cámara de Juicio), 29 de noviembre de 2002, parágrafo 35.

16. MERON, T., “General Course on Public International Law”, *Recueil Générale de Cours de la Académie de Droit International*, vol. 301, Leiden, 2003, p. 165.

nivel siempre que sea cometida en el contexto de una práctica generalizada o sistemática, es decir bajo la categoría de crimen de lesa humanidad. De esa manera, debemos señalar que cuando nos refiramos en este trabajo a la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas de 9 de junio de 1994 y a la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de Naciones Unidas de 23 de septiembre de 2005, consideramos a la desaparición forzada de personas principalmente como crimen de lesa humanidad (carácter general o sistemático, entre otros requisitos).

La consideración anterior no impide la generación de la responsabilidad internacional del Estado la cual, como se sabe, es precisamente determinada a nivel de las cortes internacionales de derechos humanos y que puede producirse por un solo caso de desaparición forzada de personas. Tampoco se afecta en modo alguno la represión penal de los perpetradores a nivel de los tribunales nacionales en cumplimiento de las respectivas obligaciones internacionales. En tal sentido, como bien ha afirmado el Comité Internacional de la Cruz Roja, un solo acto de desaparición forzada de personas es *per se* una violación del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos¹⁷.

A nivel de la práctica de tribunales penales internacionales, podemos señalar que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, no incluyó dentro de su catálogo de crímenes de lesa humanidad a las desapariciones forzadas de personas, aunque si se incorporó en su artículo 6. c) la cláusula abierta de, “other inhumane acts committed against any civilian population”, y que fue posteriormente interpretada por tribunales nacionales en casos en conexión con crímenes acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial. De hecho, durante el desarrollo del juicio de Nüremberg, el Tribunal evidenció la existencia del decreto llamado “noche y niebla” que involucró en los hechos la comisión generalizada y sistemática de desaparición forzada de personas, es decir el respectivo crimen de lesa humanidad¹⁸.

En el contexto más reciente, en concreto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, podemos hacer referencia a que si bien en su estatuto no se incluyeron de manera expresa dentro de su competencia *ratione*

17. HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, p. 343.

18. Para el análisis del decreto ley mencionado cfr. NOWAK, M., *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*, Documento ONU E/CN.4/2002/71 de 8 de enero de 2002, Comisión de Derechos Humanos, 58 período de sesiones.

materiae los actos de desaparición forzada de personas como crímenes de lesa humanidad; este tribunal consideró que sí se podía reprimir esta clase de actos bajo la categoría mencionada. Para ello, dio contenido a la cláusula abierta de su artículo 5 (i) “otros actos inhumanos”, que pertenece a los crímenes de lesa humanidad.

Precisamente, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Kupreskic*, interpretó el alcance de la citada cláusula abierta de su Estatuto. En esa oportunidad se precisó que esta fórmula fue deliberadamente designada como una categoría residual, toda vez que una enumeración exhaustiva podría crear oportunidades para la evasión del texto de la norma. De esa manera, se podrían cubrir acciones similares a las expresamente reguladas. En este contexto, coincidimos con esta sentencia cuando se sostiene que los parámetros de otros actos inhumanos podrían ser encontrados en los estándares de los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los cuales se mencionó de manera expresa a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, siempre que se cumplan los elementos propios de los crímenes de lesa humanidad, “[...] the expression at issue undoubtedly embraces [...] the enforced disappearance of persons (prohibited by General Assembly Resolution 47/133 of 18 December 1992 and the Inter-American Convention of 9 June 1994). Plainly, all these, and other similar acts, must be carried out in a systematic manner and on a large scale. In other words, they must be as serious as the other classes of crimes provided for in the other provisions of Article 5. Once the legal parameters for determining the content of the category of ‘inhumane acts’ are identified, resort to the *ejusdem generis* rule for the purpose of comparing and assessing the gravity of the prohibited act may be warranted”¹⁹.

De conformidad con las fuentes referidas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional codifica y en algunos aspectos desarrolla el Derecho internacional consuetudinario, al incluir, dentro de los crímenes de lesa humanidad –artículo 7.1.i)– la cláusula abierta de, “Otros actos inhumanos de un carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

No obstante, como ya se recordó, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha tipificado, a diferencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada, por lo que la determinación de la

19. TPIY, *Prosecutor vs. Kupreskic*, Caso n.º IT-95-16-T, Sentencia (Cámara de Juicio), 14 de enero de 2000, parágrafo 566.



responsabilidad penal internacional individual ante esta instancia judicial internacional será establecida sobre la base de la aplicación de esta norma, sin la necesidad de recurrir a una norma residual. Es oportuno recordar que el proceso de tipificar en un instrumento internacional de manera autónoma el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas empezó con el artículo 18 de la última versión (1996) del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional. A partir de fuentes como la Convención Interamericana y la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 47/133²⁰, correctamente la Comisión de Derecho Internacional afirmó que: “Forced disappearance was not included as a crime against humanity in the previous instruments. Although this type of criminal conduct is a relatively recent phenomenon, the present Code proposes its inclusion as a crime against humanity because of its extreme cruelty and gravity”²¹.

Nosotros analizaremos con más detalle la regulación que ha incluido el Estatuto de la Corte Penal Internacional cuando veamos el ámbito *ratione materiae* de la desaparición forzada de personas. No obstante, en este punto se puede mencionar que como consecuencia de la firma y entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la mayoría de Estados ha incorporado en sus legislaciones nacionales la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad²². Asimismo, se debe precisar que si bien la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur consideró que los actos de desaparición forzada de personas cometidos por agentes estatales sudaneses calificaban –por la dimensión en que se cometieron– como crímenes de lesa humanidad²³; tanto en las órdenes de arresto como en la *Decision on the Prosecution Application under Article 58 (7) of the Statute* expedidas por la *Pre-Trial Chamber I* de la Corte Penal Internacional no se han considerado los respectivos cargos²⁴.

20. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 18 de diciembre de 1992. A/RES/47/133.

21. Reporte de la Comisión de Derecho Internacional de su 48ª sesión de trabajo, 6 de mayo-26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 50.

22. Cfr. HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, pp. 2304 y ss.

23. International Commission of Inquiry on Darfur, *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*. Ginebra, 25 de marzo de 2005, parágrafo 411.

24. CPI, *Warrant of arrest for Ali Kushayb* (Pre-Trial Chamber I), 1 de mayo de 2007, ICC-02/05-01/07-3; CPI, *Warrant of arrest for Ahmad Harun* (Pre-Trial Chamber I), 1 de mayo de 2007, ICC-02/05-01/07-2; CPI, *Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute* (Pre-Trial Chamber I), 1 de mayo de 2007, ICC-02/05-01/07-1.

2.2. *La desaparición forzada de personas como crimen de guerra*

A nivel de los crímenes de guerra, entendidos como violaciones serias del Derecho internacional humanitario, tanto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional como en los estatutos de otros tribunales penales internacionales o internacionalizados no encontramos que la desaparición forzada de personas haya sido tipificada dentro de esa categoría.

No obstante, es posible señalar que existen en el Derecho internacional humanitario normas que protegen los derechos afectados por este acto. Tales derechos están dados básicamente por el derecho a la vida, el derecho a la protección de la integridad personal, de la libertad y el derecho a un juicio justo. Así tenemos que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra prohíbe:

- los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios (parágrafo a);
- la toma de rehenes (parágrafo b);
- los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes (parágrafo c);
- las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio, ante un tribunal legítimamente constituido y sin las garantías básicas del debido proceso (parágrafo d);

Estas disposiciones son complementadas por el artículo 4 –garantías fundamentales– del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. En efecto, tanto los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal (artículo 4.2.a); como la toma de rehenes (artículo 4.2.c) serían las normas pertinentes.

En el marco de un conflicto armado internacional tenemos que, dentro del régimen de infracciones graves, las normas relacionadas serían: privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho de ser juzgado legítimamente e imparcialmente, respectivamente III Convenio de Ginebra, artículo 130 y IV Convenio de Ginebra, artículo 147.

Sobre estos instrumentos, coincidimos con Nowak²⁵ cuando sostiene que si bien no hay normas referidas a las desapariciones forzadas de perso-

25. NOWAK, M. *op. cit.*, parágrafo 56.



nas, si contienen prohibiciones expresas de actos componentes de las desapariciones forzadas y que afectan el núcleo duro de derechos humanos a ser respetados en cualquier clase de conflicto armado ya sea interno o internacional, y por todas las partes intervinientes.

Lo anteriormente afirmado se ha verificado en la práctica internacional. En efecto, podemos mencionar que respecto a la comisión generalizada y sistemática de desaparición forzada de personas en el conflicto armado en la ex Yugoslavia, tanto en la práctica de organizaciones internacionales como en la práctica estatal se ha señalado que tales actos constituyen violaciones serias del Derecho internacional humanitario y derechos humanos.

Así, respecto a la primera, a nivel de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General condenaron de manera enérgica la comisión a gran escala de las desapariciones forzadas de personas que, en su entendimiento, constituyen violaciones del Derecho internacional humanitario²⁶. La Asamblea General, respecto a la situación en Sudán volvería a expresar su preocupación por los actos continuos de desaparición forzada de personas calificados como violaciones serias del Derecho internacional humanitario, siendo que se dirigió no sólo a agentes estatales sino a todas las partes involucradas²⁷. A nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su tercer reporte sobre la situación de los derechos humanos en Colombia evidenció que las desapariciones forzadas habían afectado de manera frecuente a los civiles sospechosos de haber tomado parte en el conflicto armado interno respectivo. Frente a ello, la Comisión concluyó que la desaparición forzada de personas que participasen en las hostilidades o de civiles está prohibida²⁸.

En torno a la práctica estatal, podemos referir que durante los debates en torno a las violaciones serias del Derecho internacional humanitario y de derechos humanos cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, algunos Estados incidieron en que las desapariciones forzadas eran parte, sin duda alguna, de tales infracciones²⁹.

Ahora bien, las normas de Derecho internacional humanitario antes reseñadas se encuentran criminalizadas en el artículo 8.2. a) –conflictos arma-

26. UN Security Council. Res. 1034, 21 December 1995, numeral 2; UN General Assembly, Res. 50/193, 22 December 1995, numeral 4.

27. UN General Assembly, Res. 55/116, 4 December 2000, numeral 2 (ii).

28. Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, 26 February 1999, numeral 218.

29. Botswana, Statement before UN Security Council, UN Doc. S/PV.3612, 21 December 1995, p. 9; Honduras, Statement before UN Security Council, UN Doc. S/PV.3612, 21 December 1995, p. 10.



dos internacionales– y 8.2. c –conflictos armados no internacionales– del Estatuto de la Corte Penal Internacional, con lo que se puede juzgar a los perpetradores. Al respecto, resulta pertinente mencionar la evaluación hecha por la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur, respecto a los actos de desaparición forzada de personas cometidos por miembros del grupo *Janjaweed* quienes tuvieron la complicidad o soporte del gobierno sudanés y de las fuerzas armadas. En opinión de la Comisión, aunque estos actos de desaparición forzada de personas que implicaron actos de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, no llegasen a alcanzar el umbral de generalidad o sistematicidad del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, ello no obstaría su sanción como crímenes de guerra toda vez que: “The acts were committed as a part of and directly linked to the armed conflict and, therefore, constitute war crimes as serious violations of the Common Article 3 of the Geneva Conventions”³⁰.

3. LOS ÁMBITOS *RATIONE MATERIAE*, *RATIONE PERSONAE* Y *RATIONE TEMPORIS* DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

3.1. *Ámbito ratione materiae*

La definición dada en el artículo II de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de Personas y la contenida en el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas sobre la materia contrastan con lo señalado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, siendo que la normativa de este último también ha sido recogida en la sección 6(2)(i) de la Regulación Especial UNTAET No. 2000/15 que establece los Pancales para Crímenes Serios en Timor Oriental. En efecto, el Estatuto de la Corte Penal Internacional consagra la desaparición forzada de personas no como la privación de la libertad en términos genéricos sino sólo en tres situaciones: aprehensión, detención o secuestro de personas. Se entiende que tal ámbito restringido obedece al principio de legalidad del Derecho penal internacional que en el caso de una fórmula general, como la presente en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no sería la más conveniente en el desarrollo de un proceso penal inter-

30. International Commission of Inquiry on Darfur, *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*. Ginebra, 25 de marzo de 2005, parágrafo 413.



nacional. Asimismo, en la definición del Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece como uno de los elementos de este crimen la intención de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley por un tiempo prolongado. De esa forma, en el artículo 7.2.i) se expresa que se entenderá por desaparición forzada de personas, “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

Debemos precisar que, la inclusión de la desaparición forzada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional como crimen de lesa humanidad lo convierte en auténtico crimen de Derecho internacional *sensu stricto*. En efecto en las otras fuentes del Derecho internacional, debido a la naturaleza de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, no se habían desarrollado los elementos material y subjetivo del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas. Cassese³¹, respecto a la inclusión de la desaparición forzada de personas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sostiene que este instrumento es más amplio que el Derecho internacional consuetudinario.

Más aún, la definición antes transcrita del Estatuto de la Corte Penal Internacional ha sido precisada a través del texto de los Elementos de los crímenes del Estatuto de la Corte. Este crimen, calificado por el propio texto de los Elementos de los crímenes como uno de naturaleza compleja³², tiene como elementos materiales que:

- 1) El autor haya aprehendido, detenido o secuestrado a una o más personas o que;
- 2) El autor u otro individuo que no haya participado en la aprehensión, detención o secuestro, se haya negado a reconocer la privación de la libertad o no haya dado información sobre el paradero de la víctima o víctimas.

A nivel subjetivo, se exige que el autor conozca que su conducta se enmarcaba dentro de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil³³. Además, se debe probar que el autor es conciente que la aprehensión,

31. CASSESE, A., *International...*, *cit. supra* en nota 3, p. 94.

32. Elementos de los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, nota a pie de página 27.

33. A nivel de jurisprudencia del TPIY, respecto a crímenes de lesa humanidad en general, confrontar en torno al conocimiento del autor de que su conducta se enmarca dentro de un

detención o secuestro involucra la negación de la privación de la libertad o el negarse a dar información sobre el paradero de la persona o personas. Una última dimensión consiste en la intención de dejar a la víctima o víctimas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Por su parte, la Convención Interamericana se concentra en la restricción del debido proceso, tanto para la víctima directa al dejarla en estado de indefensión³⁴ como de sus familiares al no poder conocer el paradero de la misma. En el marco de esta Convención no es relevante el elemento temporal al igual que en la Convención de las Naciones Unidas sobre la materia. No obstante, los tres instrumentos internacionales coinciden en calificar a la desaparición forzada de personas generalizada o sistemática como crimen de lesa humanidad.

Sobre el particular, se debe mencionar que si bien la Convención Interamericana hace referencia en su preámbulo sólo al carácter de sistematicidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su *case law* de desaparición forzada de personas, ha considerado no sólo el carácter sistemático sino también el carácter general para determinar la calificación de crimen de lesa humanidad; siendo que en la mayoría de casos se han presentado ambas características³⁵. El artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas, por su parte, hace referencia al carácter generalizado o sistemático.

Finalmente, es de valía resaltar las diferencias entre la desaparición forzada de personas y el secuestro. En este ámbito tenemos que, mientras el segundo protege el derecho de la libertad personal, el primero cautela un conjunto más amplio de derechos humanos como estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Blake vs. Guatemala*: “La desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia

ataque generalizado o sistemático: TPIY, *Prosecutor vs. Tadic*, Caso No. IT-94-1-T, Sentencia (Cámara de Juicio), 7 de mayo de 1997, parágrafo 659. A su vez, en lo concerniente a la población civil como sujetos pasivos de estos crímenes revisar: TPIY, *Prosecutor vs. Kupreskic y otros*, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia (Cámara de Juicio), 14 de enero de 2001, parágrafo 549; TPIY, *Prosecutor vs. Kunarac y otros*, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/I-T, Sentencia (Cámara de Juicio), 22 de febrero de 2001, parágrafo 435.

34. A nivel jurisprudencial véase Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafos 128 y 142.

35. Para una referencia al criterio de sistematicidad véase Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia, 29 de noviembre de 2006, parágrafo 81. Para una referencia al criterio de generalidad véase: Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia, 22 de septiembre de 2006, parágrafo 62.



vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos³⁶. Tal diferencia ha determinado, en nuestro entendimiento, que en las órdenes de arresto expedidas relativas a crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en Uganda; el Fiscal de la Corte Penal Internacional no haya considerado como cargo el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas³⁷. Ello, a pesar que el Fiscal precisamente reportó una gran cantidad de personas secuestradas ya sea para participar como soldados (niños-soldados) en la *Lord's Resistance Army* o como esclavas sexuales (especialmente menores de edad)³⁸.

3.2. *Ámbito ratione personae*

En relación con el aspecto del agente perpetrador del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional comprende el ámbito de aplicación *ratione personae* del artículo II de la Convención interamericana y del artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas. Es decir, agentes estatales o individuos particulares que actúen con la autorización, aquiescencia o apoyo del Estado. Este ámbito de sujeto activo ha sido explicitado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, esta instancia ha señalado que cada Estado parte de la Convención Interamericana debe asegurarse que en su respectivo Derecho interno se sancione no sólo a agentes del Estado sino también a personas o grupos de personas que actúen con el apoyo o aquiescencia del Estado³⁹.

No obstante, el Estatuto de la Corte Penal Internacional amplía el espectro de aplicación personal al considerar en su artículo 7.2. i) como posibles perpetradores a agentes de una organización política. Lo anterior refleja el principio de responsabilidad penal internacional del individuo recogido en el artículo 25 incisos 1 y 2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y que se relaciona directamente con la competencia *ratione personae* de la

36. Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala*, Sentencia, 24 de enero de 1998, párrafo 66.

37. Por ejemplo véase CPI, *Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8 July 2005 as amended on 27 September 2005* (Pre-Trial Chamber II), 27 de septiembre de 2005, ICC-02/04-01/05-53.

38. CPI, *Statement by the Chief Prosecutor on the Uganda Arrest Warrants*, 14 de octubre de 2005, pp. 4 y 5.

39. Corte IDH, *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, Sentencia, 22 de noviembre de 2005, párrafos 101 y 102.



Corte Penal Internacional, la cual no se limita a considerar sólo a los agentes estatales como los únicos posibles perpetradores, en tanto se incluye a cualquier persona natural, que sea parte de una organización política no estatal.

En la práctica, la Comisión Internacional de Investigación de Darfur identificó como potenciales perpetradores del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada a los *Janjaweed* cuyas actuaciones a pesar de no ser realizadas como órganos de *iure* del Estado sudanés contaron, “with the acquiescence of the State, as the abductions followed combined attacks by Janjaweed and Government forces and took place in their presence and with their knowledge”⁴⁰.

Sin embargo, es oportuno mencionar que el artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes de la Comisión de Derecho Internacional de 1996 no restringe la calidad de perpetrador a la pertenencia de un grupo político sino que incluye a cualquier grupo u organización. Ahora bien, la exigencia de grupo político en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como observa Politi⁴¹ puede sustentarse en la clase de conductas que implica este crimen de lesa humanidad.

El ámbito de aplicación *ratione personae* es así quizás el principal punto de divergencia en el tratamiento de nuestro tema, entre el Estatuto de la Corte Penal Internacional y las dos Convenciones referidas. Ésto generaría que, por ejemplo, según la Convención Interamericana si el agente fuese integrante de una organización política no se configuraría la desaparición forzada de personas sino un crimen de Derecho interno como podría ser el secuestro, cuya diferenciación ya fue abordada.

Ahora bien, también se debe enfatizar que como referimos, los sujetos responsables a la luz de la Convención Interamericana y de la Convención de Naciones Unidas no se limitan exclusivamente a los agentes *de iure* del Estado. Ello en tanto, también se abarca a las personas o grupos de personas que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia de los agentes *de iure* en clara alusión a, por ejemplo, los grupos paramilitares de tan extendida rai-gambre en el continente americano y que son agentes de facto estatales. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que la práctica de desaparición forzada de personas constituye una, “[...] el craso

40. International Commission of Inquiry on Darfur, *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*. Ginebra, 25 de marzo de 2005, parágrafo 410.

41. POLITI, M., “Elements of Crime”, en CASSESE, A., GAFTA, P. y JONES, J., *op. cit.*, p. 470.

abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención⁴².

Al mismo tiempo la Convención Interamericana y la de Naciones Unidas –artículos I y 6.1.a, respectivamente– señalan las diversas manifestaciones de la responsabilidad internacional directa en el caso de desaparición forzada. Respecto a la desaparición forzada de personas, la responsabilidad directa por ordenar un crimen debe ser afirmada también en los casos en los que un comandante situado en una posición intermedia transmite una orden. La conducta de ordenar un crimen puede ser vista desde la perspectiva de la llamada autoría mediata a través de un aparato de poder organizado⁴³. Es un ejemplo de tal perspectiva lo señalado por la justicia argentina en el juicio a las Juntas Militares acusadas, entre otros cargos, de prácticas sistemáticas y generalizadas de desaparición forzada de personas. En efecto, en la sentencia respectiva se sostuvo que, “quien controla el sistema, controla la voluntad anónima de todos sus componentes”⁴⁴.

Adicionalmente, en el caso del artículo 6.1.b) de la Convención de Naciones Unidas se da un desarrollo detallado de la responsabilidad del superior *sensu stricto*, la cual como se sabe se configura cuando existe: a) un vínculo de subordinación, vale decir la existencia de una relación jerárquica; b) la obligación del deber de saber del superior y; c) el superior no tomó las medidas preventivas y/o sancionadoras. Precisamente, es en este punto que la Convención de Naciones Unidas adquiere una especial valía al incluir de manera expresa tal tipo responsabilidad toda vez que se sigue tanto la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal Penal

42. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia, 29 de julio de 1988, párrafo 158; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia, 20 de enero de 1989, párrafos 166 y 167; Corte IDH, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, Sentencia, 15 de marzo de 1989, párrafos 151 y 152.

43. Según el modelo planteado por Roxin. Véase ROXIN, C., *Tuterschaft und Tatherrschaft*, 6^o ed., Berlín / New York, 1994, pp. 243 y ss. Citado por GUARIGLIA, F., “Responsabilidad criminal individual en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, en Servicio de Asesoramiento de la Cruz Roja (ed.), *Adaptación de la legislación interna para la sanción de infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario. Reunión de expertos de países iberoamericanos. Madrid (España). 10-12 de marzo de 1999*, Madrid / Bogotá, 2000, p. 279.

44. Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires, *Juicio a las Juntas Militares (Causa n.º 13)*, sentencia de 9 de diciembre de 1985.

Internacional para Ruanda⁴⁵, como los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Resulta claro que la mejor estrategia para la persecución del crimen de desaparición forzada es escoger aquella que ofrezca evidencia de la participación directa del acusado y en caso que no se cuente con tales pruebas se recurrirá a la teoría de la responsabilidad del superior *sensu stricto* como segunda opción⁴⁶, debido a que no siempre hay suficiente material probatorio de responsabilidad directa. Al ser la responsabilidad del superior *sensu stricto* una responsabilidad de naturaleza omisiva, la carga de la prueba disminuye con lo cual las posibilidades de sancionar a los perpetradores aumentan.

Sobre el tema probatorio, las cortes regionales de derechos humanos, en casos de la gravedad de desapariciones forzadas, han aceptado presunciones similares respecto al vínculo racional entre el hecho probado y el hecho presumido⁴⁷. En casos donde se comete desaparición forzada de personas, la conexión racional entre la prueba según la cual los subordinados cometieron el crimen y la presunción por la que el superior participó de manera intencional y conciente resulta auto evidente.

Por otro lado, la Convención Interamericana y la Convención de Naciones Unidas en sus artículos VIII y 6.2, respectivamente, establecen que al subordinado no se le eximirá de responsabilidad internacional individual por la mera obediencia de órdenes que impliquen la comisión de este crimen, en tanto tiene la obligación y el derecho de no cumplir tales órdenes. Ello coincide con el fraseo de los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda y Corte Penal Internacional –artículos 8, 7.4, 6.4 y 33 respec-

45. TPIY, *Prosecutor vs. Hadzihasanovic y Kubura*, Caso No. IT-01-47-T, Sentencia (Cámara de Juicio), 15 de marzo de 2006, parágrafos 65 y ss; TPIY, *Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana*, Caso No. ICTR-95-1-T, Sentencia de 21 de mayo de 1999, parágrafos 209 y ss; TPIY, *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia (Cámara de Juicio), 16 de noviembre de 1998, parágrafos 354 y ss.

46. Cfr. BANTEKAS, I., "The contemporary law of superior responsibility", *American Journal of International Law*, vol. 93, n. 2 (1999), p. 595.

47. CEDH, *Caso Salabiaku vs. Francia*, Sentencia, 7 de octubre de 1988, parágrafo 28; CEDH, *Caso Pham Hoang vs. Francia*, Sentencia, 25 de setiembre de 1992. A nivel del sistema interamericano véanse: Corte IDH, *Caso Neira Alegria y otros vs. Perú*, Sentencia, 19 de enero de 1995, parágrafo 65; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia, 20 de enero de 1989, parágrafos 141-142; Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia, 29 de julio de 1988, parágrafos 135 y ss.



tivamente— en los que se excluye el recurso de la obediencia debida como eximente de responsabilidad internacional individual. Asimismo, tenemos que el artículo IX de la Convención Interamericana señala que las conductas constitutivas de desaparición forzada no podrán ser consideradas como parte del ejercicio de la función militar. En el mismo artículo se menciona la improcedencia del cargo oficial, con lo cual el perpetrador de desaparición forzada de personas no podrá escudarse detrás de su condición oficial, aunque en principio tales disposiciones están limitadas a lo que señala la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. No obstante, frente a lo anterior no debemos perder de vista que el artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, consagra la improcedencia del cargo oficial frente a la jurisdicción penal internacional, lo que también se ha verificado en la jurisprudencia internacional⁴⁸.

Cabe señalar que el Proyecto de Código de Crímenes de la Comisión de Derecho Internacional de 1996, que incluye el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada, tiene al igual que el Estatuto de la Corte Penal Internacional el objeto y fin de sancionar los crímenes internacionales más serios, por lo que contiene normas relativas a: la responsabilidad directa y manifestaciones (artículo 2), responsabilidad del subordinado (artículo 5), responsabilidad del superior *sensu stricto* (artículo 6), e improcedencia del cargo oficial (artículo 7).

En consonancia con lo expresado en los párrafos anteriores y como lo han demostrado las experiencias recientes, no es suficiente la penalización en el Derecho interno, ni tampoco la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos o de Derecho internacional humanitario. En este contexto, resulta especialmente importante la presencia de la Corte Penal Internacional, dentro de un esquema de complementariedad respecto a las jurisdicciones nacionales, a efectos de determinar la responsabilidad internacional individual por la comisión del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas.

3.3. *Ámbito ratione temporis*

En cuanto al régimen *ratione temporis*, en el artículo VII de la Convención Interamericana se reconoce de manera expresa la imprescriptibilidad del

48. Corte Especial para Sierra Leona, *Prosecutor vs. Taylor*, Caso No. SCSL-2003-01-I, Decision on Immunity from Jurisdiction (Cámara de Apelaciones), 31 mayo de 2004, párrafos 53, 58 y 59; CIJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Sentencia, ICJ Reports 2002, párrafos 60 y 61; TPIY, *Prosecutor vs. Slobodan Milosevic*, Caso n.º IT-02-54, Decision on Preliminary Motions (Cámara de Juicio), 8 de noviembre de 2001, párrafos 26 y ss.

crimen en estudio, aunque sujeta a la no incompatibilidad con una norma fundamental del Derecho interno del respectivo Estado. En este caso, el período de prescripción será igual al del delito más grave del respectivo derecho doméstico. Por su lado, los artículos 5 y 8 de la Convención de Naciones Unidas reconocen el hecho que un Estado tenga la existencia de un régimen de prescripción, aunque sin perjuicio de las consecuencias previstas por el Derecho internacional aplicable. Por lo tanto, tal reconocimiento asume un carácter excepcional.

Dentro del régimen *ratione temporis*, destaca la naturaleza de delito continuado o permanente de la desaparición forzada de personas, es decir que su comisión continúa mientras no aparezca la víctima, lo cual ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 8 de la Convención de Naciones Unidas. La desaparición forzada de personas de esa manera, no es un acto de ejecución instantánea sino que constituye un acto continuo y permanente en tanto como apropiadamente concluyó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Blake vs. Guatemala*, “[...] si bien algunos de los hechos ya se consumaron, sus efectos podían prolongarse de manera continua o permanente hasta el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima. [...] La Corte considera que la desaparición del señor Nicholas Blake [desaparecido desde marzo de 1985 hasta el 14 de junio de 1992] marca el inicio de una situación continuada”⁴⁹.

Lo anterior genera el efecto jurídico por el cual mientras la persona no recupere su libertad o aparezca su cadáver, no es posible comenzar a contar el eventual término de prescripción de la acción penal toda vez que la actividad consumativa perdura en el tiempo.

Esta consideración, está en conexión con el principio de imprescriptibilidad recogido en el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, respecto a los crímenes de su competencia. Si bien el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas es un crimen continuado, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el texto de los Elementos de los crímenes establecen que la Corte Penal Internacional tendrá competencia sólo para los crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas cometidos a partir de la entrada en vigor del Estatuto⁵⁰. Similar aproximación es seguida por el artículo 35 de la Convención de Naciones Unidas.

49. Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de enero de 1998, párrafos 54 y 67. Cfr. también Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrafo 72.

50. Elementos de los Crímenes del Estatuto de la CPI, nota a pie 24.



4. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN CASOS DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

4.1. *Obligación de sancionar a los perpetradores*

A nivel del sistema universal de protección de derechos humanos, además de la Convención sobre la materia, tenemos que la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y el grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas han reconocido la importancia de una obligación de penalizar este crimen sin excepción alguna⁵¹. Ello comprende el deber de investigar, perseguir y castigar a los responsables garantizando que no haya impunidad⁵².

Es necesario recordar que, pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina a través de sus sentencias la responsabilidad internacional del Estado como sujeto de Derecho internacional, en tanto viola su obligación internacional de respetar y hacer respetar los derechos humanos, no determina la responsabilidad internacional del individuo. Sólo puede dentro de la lógica de un sistema internacional de protección de derechos humanos, como es el sistema interamericano, establecerse el deber del Estado responsable de sancionar penalmente a los perpetradores de desaparición forzada de personas, lo cual se verifica en el artículo I de la Convención Interamericana y los artículos 4 y 7 de la Convención de Naciones Unidas.

En su momento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, afirmó la obligación internacional del Estado de sancionar a los responsables de las violaciones graves, masivas o sistemáticas de derechos humanos cometidas dentro del ámbito de su jurisdicción. Tal es el caso de una política estatal de comisión de desapariciones forzadas de personas: “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, 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

51. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 18 de diciembre de 1992. A/RES/47/133, artículos 5, 6.1, 6.3 y 7.

Sobre el grupo de trabajo cfr. ANDREU-GUZMÁN, F. “Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies”, *International Review of the Red Cross*, vol. 84, n. 848 (2002), pp. 803-818.

52. Véase UN-ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos, *Report of Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*. Doc. ONU/CN.4/1993/25, 7 de enero de 1993, párrafo 45.h; también párrafos 45.d, f, i, j y párrafo 74.



imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”⁵³.

De ese modo la obligación de identificar a los responsables de violaciones graves al Derecho internacional, efectuadas por la comisión de desaparición forzada, implica el deber estatal de imponer sanciones a los perpetradores que sean identificados. La obligación se incumple cuando el Estado actúa de modo tal que la violación queda impune y no se restablece a la víctima en sus derechos, o cuando se tolera que particulares vulneren libremente y con impunidad los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, cuyo artículo 1.1 establece la obligación de respetar los derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en los casos específicos de desaparición forzada de personas que el deber de investigación permanece mientras subsista, “mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida”⁵⁴. Es importante mencionar, en este punto, que en casos de desaparición forzada de personas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una inversión de la carga de la prueba. Es decir, el Estado no puede alegar que no se ha cometido desaparición forzada de personas por el mero hecho de no haberse encontrado el cuerpo de la víctima, precisamente porque el *modus operandi* consiste en desaparecer todo rastro de prueba⁵⁵.

En este escenario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han calificado a la práctica de desapariciones forzadas como grave violación a los derechos humanos y han manifestado la necesidad de sancionar penalmente a los autores en el ámbito interno⁵⁶. Lo anterior se sitúa en la línea de lo establecido en la casuística del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y en los pronunciamientos de la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁵⁷.

53. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia, 29 de julio de 1988, párrafo 174.

54. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia, 29 de julio de 1988, párrafo 181.

55. Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Sentencia, 18 de agosto de 2005, párrafo 55; Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, Sentencia, 19 de enero de 1995, párrafo 65.

56. En lo que respecta a la casuística de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos véanse, por ejemplo, los casos colombianos 10.235, 10.454, 10581, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1992*, Washington D.C., 1992, p. 27.

57. Véase Informe del experto Ermacora sobre la suerte de las personas desaparecidas en Chile, conclusiones 1979, Doc. A/34/583/Add.1, p. 96.



De otro lado, a nivel del Derecho internacional humanitario convencional, los cuatro Convenios de Ginebra –artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente– introducen la figura de la jurisdicción universal que permite a los Estados partes sancionar a los perpetradores de infracciones graves sin importar el lugar de su comisión o el sujeto activo o pasivo de las mismas. En todo caso, el Estado parte puede optar por la entrega a otro Estado parte para el juzgamiento, según el principio *aut dedere aut judicare*, es decir juzgar o extraditar. La jurisdicción universal establecida en los Convenios se considera como no territorial, toda vez que no se limita expresamente el ejercicio de la jurisdicción a los individuos encontrados en el territorio del Estado. Es decir, las cortes nacionales pueden iniciar procedimientos penales “*in absentia*” que podrían alcanzar a los representantes estatales acusados de crímenes de guerra relacionados a actos componentes de desaparición forzada de personas, sin la necesidad de contar con la presencia del presunto culpable en su territorio.

Ahora bien, a pesar de la relativa novedad en la formación de la costumbre de ejercer jurisdicción universal sobre crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional coincidimos con el Comité Internacional de la Cruz Roja en considerar que existe una regla de Derecho internacional humanitario consuetudinario que otorgaría el derecho a los Estados de ejercer jurisdicción universal –de tipo facultativa– sobre crímenes de guerra independientemente de la naturaleza del conflicto armado⁵⁸. Ello se ha verificado en la práctica estatal, especialmente a partir de los sucesos acaecidos en Ruanda hace más de una década⁵⁹. Lo anterior es importante si consideramos que muchas desapariciones forzadas de personas en diferentes regiones del mundo se han producido durante el desarrollo de conflictos armados no internacionales.

Como paralela a la obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables de desapariciones forzadas de personas tenemos la existencia del derecho a la verdad. Este derecho humano pese a no estar recogido expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sido re-

58. “Rule 157. States have the right to vest universal jurisdiction in their national courts over war crimes”. HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, pp. 604 y ss.

59. “Over the last decade, several persons have been tried by national courts for war crimes committed in non-international armed conflicts on the basis of universal jurisdiction. It is significant that the States of nationality of the accused did not exercise of universal jurisdiction in these cases. Several military manuals further support the rule that war crimes jurisdiction may be established on the basis of the principle of universal jurisdiction”. *Ibid.*, pp. 604-605.

conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esa forma, en el caso *Castillo Paéz vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que incluso aunque por dificultades internas no se puedan sancionar a los perpetradores, el derecho de los familiares a saber qué sucedió y a saber dónde están los restos de sus familiares permanece inalterable. En tal sentido, el Estado tendrá que, “[...] satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance. A ese deber de investigar se suma el de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables de las mismas”⁶⁰. En el caso de la Convención de Naciones Unidas –preámbulo– hay un reconocimiento expreso de este derecho.

Este derecho a la verdad se verifica en determinadas obligaciones, tanto a nivel de Derecho internacional humanitario convencional como consuetudinario, que tienen las partes de un conflicto armado. Así tenemos que, a nivel de fuentes convencionales, el Protocolo Adicional I establece como principio general que las acciones de las Altas Partes Contratantes, partes en conflicto y organizaciones humanitarias señaladas en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo, “deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”⁶¹. También se impone a las Partes en conflicto la obligación de búsqueda de las personas que han sido declaradas desaparecidas por la parte contraria⁶².

En lo concerniente al Derecho internacional humanitario consuetudinario, el Comité Internacional de la Cruz Roja basado en práctica internacional, expresó como regla consuetudinaria que cada parte en un conflicto armado, “must take all feasible measures to account for persons reported missing as a result of armed conflict and must provide their family members with any information it has on their fate”⁶³. El alcance de esta regla, es pertinente relevar, abarca tanto a los conflictos armados internacionales como conflictos armados no internacionales.

Como puede apreciarse, las desapariciones forzadas de personas son violaciones serias del Derecho internacional humanitario. El reciente y progresivo desarrollo de la lucha contra la impunidad de los perpetradores de crímenes de guerra adquiere especial valía para fortalecer el respeto del Derecho internacio-

60. Corte IDH, *Caso Castillo Paéz vs. Perú*, Sentencia, 3 de noviembre de 1997, párrafo 90; Corte IDH, *Caso Neira Alegria y otros vs. Perú*, Sentencia, 19 de enero de 1995, párrafo 69.

61. Protocolo Adicional I, artículo 32.

62. Protocolo Adicional I, artículo 33.1.

63. HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, p. 421.



nal humanitario lo cual tiene como una de sus consecuencias disminuir la cantidad de personas desaparecidas. No obstante, como resaltan Sassòli y Tougas⁶⁴, un posible efecto negativo colateral es una disminución en las posibilidades de la obtención de información sobre el paradero de las personas desaparecidas a través de un medio otorgado por el Derecho internacional humanitario, es decir desde las autoridades responsables, toda vez que las mismas autoridades temen un proceso penal en su contra. A su vez, un problema emergente consiste en que en ciertas zonas los familiares no se encuentran satisfechos con la información que ellos tienen derecho a recibir según el Derecho internacional humanitario, en tanto desconfían de los certificados expedidos por la parte contraria y desean recibir los restos mortales de sus seres queridos⁶⁵.

4.2. No aplicación de leyes de amnistía

La segunda obligación implica excluir del ámbito de aplicación personal de las leyes de amnistía a los responsables de violaciones graves de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Precisamente, en este aspecto y dentro de la casuística de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, destacan los casos derivados a raíz de las leyes de amnistía dadas por las diversas dictaduras que se instalaron en los Estados latinoamericanos en décadas pasadas. Las leyes de auto-amnistía (Chile), ley del punto final y obediencia debida (Argentina), ley de la caducidad (Uruguay), ley de amnistía de Esquipulas (El Salvador) y las leyes de amnistía peruanas, entre otras, fueron utilizadas como mecanismos para exonerar de responsabilidad al individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas⁶⁶. Se eximía así de responsabilidad al subordinado, alegando criterios tales como la existencia de coerción, cumplimiento de órdenes, entre otros. Asimismo, se exoneraba de responsabilidad a los superiores y comandantes.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos vs. Perú* señaló que “[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los

64. SASSOLI, M. y TOUGAS, M., “The ICRC and the missing”, *International Review of the Red Cross*, vol. 84, n. 848 (diciembre 2002), p. 732.

65. *Ibid.*, *op. cit.*

66. Confrontar, por ejemplo, la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la amnistía chilena. Informe n.º 25/98 OEA/Ser/L/V/II.98, doc. 33, párrafos 66 y ss.

responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁶⁷.

Como consecuencia de este fallo se declaró que, las referidas leyes de amnistía carecen de efectos jurídicos y por lo tanto no pueden obstaculizar más la determinación de responsabilidad internacional individual⁶⁸. Dicha declaración de invalidez se debe entender que fue realizada con efectos generales⁶⁹, es decir, para casos que se estén tramitando, se vayan a iniciar o incluso para los casos en los cuales se concedió la amnistía; todo lo cual en nuestro concepto contribuye a una adecuada lucha contra la impunidad. En efecto, una concepción excesivamente formal o legalista de principios tales como los principios de legalidad, de irretroactividad y de *ne bis in idem*; no pueden afectar la sanción de los perpetradores de las más graves violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, como son las desapariciones forzadas de personas.

Precisamente, debemos recordar que el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exige a todo Estado parte el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para implementar las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En el ámbito del Derecho internacional humanitario, por ejemplo, el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra —obligación de los Estados partes de respetar y hacer respetar los tratados— proporciona el marco genérico para la implementación, la cual implica no sólo expedir las leyes respectivas sino también derogar aquéllas que como las leyes de auto-amnistía flagrantemente atentan contra el cumplimiento de las obligaciones internacionales citadas. En efecto, cuando no existe una apropiada implementación la posibilidad de cumplimiento del Derecho internacional humanitario disminuye, siendo que es más difícil superar las divisiones una vez que el conflicto armado concluye.

Respecto al ámbito del conflicto armado no internacional, en el cual se han producido un gran número de desapariciones forzadas, se debe precisar que los que se alzan en armas no tienen el estatuto de combatientes. Por lo tanto, pese a que los rebeldes participantes no hayan cometido crímenes de

67. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia, 14 de marzo de 2001, parágrafo 41. Respecto a la ley de amnistía chilena, véase Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia, 26 de septiembre de 2006, parágrafo 114.

68. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia, 14 de marzo de 2001, parágrafo 41.

69. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, 3 de septiembre de 2001, parágrafo 18.



guerra, pueden ser sometidos a la eventual sanción penal interna toda vez que no poseen –a diferencia de los combatientes– el derecho a empuñar las armas. Es en este contexto donde el Estado puede, si lo considera oportuno, otorgar amnistía de acuerdo al artículo 6 del Protocolo Adicional II.

No obstante, como expresamente ha establecido el Comité Internacional de la Cruz Roja, el ámbito material de tales amnistías no debe abarcar crímenes de guerra. En efecto, a nivel de Derecho internacional humanitario consuetudinario existe una prohibición de otorgar amnistía a las personas sospechosas, acusadas o sentenciadas de haber cometido crímenes de guerra en un conflicto armado no internacional, como establece el Comité Internacional de la Cruz Roja⁷⁰. Manifestación de tal regla consuetudinaria, la constituye la decisión de la Corte Especial para Sierra Leona en el caso *Kallon y Kamara*. En ella se manifestó que la amnistía otorgada a través del acuerdo de Lomé a las personas de las diversas facciones participantes del respectivo conflicto armado interno, no sería un obstáculo para la persecución y sanción de los perpetradores de crímenes internacionales ante tribunales internacionales o cortes nacionales, al señalar que, “[...] a state cannot sweep such crimes into oblivion and forgetfulness which other states have jurisdiction to prosecute by reason of the fact that the obligation to protect human dignity is a peremptory norm and had assumed the nature of obligation *erga omnes* [...] Whatever effect the amnesty granted in Lomé Agreement may have on a prosecution for such crimes [...] in the national courts of Sierra Leona, it is ineffective in removing the universal jurisdiction to prosecute persons accused of such crimes that other states have by reason of the nature of the crimes. It is also ineffective in depriving an international court [...]”⁷¹.

4.3. *Obligación de reparar a las víctimas*

A nivel del sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 63.1 y el artículo 31 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen la base normativa de la obligación de reparar a las víctimas. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha establecido de manera reiterada que las reparaciones son las medidas a través de las cuales se pretenden

70. HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, pp. 611 y ss.

71. Corte Especial para Sierra Leona, *Prosecutor vs. Kallon y Kamara*, caso n.º SCSJ-2004-15-AR72 y SCSJ-2004-16-AR72 (E), Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (Cámara de Apelación), 13 de marzo de 2004, párrafos 71 y 88.



hacer desaparecer, de manera adecuada, los efectos de las violaciones cometidas siendo que su naturaleza y monto están determinados por el daño ocasionado –ya sea material o inmaterial– y en relación directa con las respectivas violaciones de derechos humanos. La obligación de reparar se encuentra regida por el Derecho internacional en su alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios y, por ende, un Estado no puede alegar su estructura federal o su Derecho interno para incumplir con esta obligación internacional⁷². El artículo citado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos alude a que se deberá hacer el pago de la indemnización a la parte lesionada. No obstante, no se da una mayor precisión de este concepto siendo que se podría adoptar una interpretación restringida o amplia de definición de víctimas. La primera interpretación se circunscribiría sólo a las víctimas directamente afectadas por la violación de derechos humanos mientras que la segunda también comprendería a los familiares de esa persona. Sobre este segundo grupo se puede considerar que, en casos de desaparición forzada de personas, los familiares son víctimas tanto directas toda vez que sufren daños inmatrimales y también víctimas indirectas por su sufrimiento respecto a los daños causados a la persona inicialmente afectada.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La Cantuta vs. Perú* ha señalado que en caso de violaciones de derechos humanos que involucran la muerte de un ser humano, como es el supuesto de las desapariciones forzadas, “el sufrimiento ocasionado a la víctima se extiende a los miembros más íntimos de la familia, en especial aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima. Además, el Tribunal ha estimado que los sufrimientos o muerte –en este caso, la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial– de una persona acarrear a sus hijas, hijos, cónyuge o compañera y compañero, madre y padre un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo”⁷³.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estimado que las desapariciones forzadas causan a los familiares de la persona desaparecida un sufrimiento de angustia, una sensación de inseguridad, frustración e impotencia debido a la negativa de las autoridades a la investigación debida, de ahí que un acto de desaparición forzada de personas produ-

72. Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia, 1 de julio de 2006, parágrafo 347; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia, 21 de julio de 1989, parágrafo 28.

73. Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia, 29 de noviembre de 2006, párrafos 218.



ce un daño automático a la integridad mental y psicológica de los familiares cercanos⁷⁴. Entonces, los daños causados a los familiares u a otros dependientes por la muerte o la desaparición forzada de una víctima puede ser reclamada por ellos alegando derecho propio⁷⁵, máxime si nos referimos a una violación del núcleo duro de derechos humanos y de las normas esenciales del Derecho internacional humanitario.

Ahora bien, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que en ciertos casos la *restitutio in integrum* —es decir el restablecimiento a la situación anterior— puede no ser posible, suficiente o apropiada⁷⁶. Una plena restitución, como apuntan Ben Saul y Pasqualucci⁷⁷, no es factible en casos que involucran desaparición forzada de personas toda vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede restaurar a la víctima el disfrute de su derecho a la vida, el cual ha sido violado. De esa forma, cuando lo anterior suceda la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenará los pasos a tomarse con miras a garantizar los derechos violados, reparar las consecuencias de las infracciones y determinar el pago de las indemnizaciones por los daños causados⁷⁸. Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incorporado una gran variedad de modalidades de reparación no pecuniaria —medidas de satisfacción y garantías de no repetición— que de manera general han abarcado las siguientes medidas: obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del caso respectivo, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables; búsqueda y sepultura de los restos de las víctimas desaparecidas; acto público de reconocimiento de responsabilidad en desagravio de las víctimas y de las personas ejecutadas; garantía de no repetición mediante dotación de recursos para la memoria colectiva; publicación de la sentencia; tratamiento físico y psicológico para los familiares de las personas ejecutadas o víctimas de desaparición forzada;

74. Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia, 25 de noviembre de 2000, parágrafo 160; Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala*, Sentencia, 24 de enero de 1998, parágrafo 114; Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia, 19 de noviembre de 1999, parágrafo 238.

75. Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia, 1 de julio de 2006, parágrafo 386.

76. Corte IDH, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia, 11 de marzo 2005, parágrafo 274.

77. SAUL, B., "Compensation for unlawful death in International Law: A focus on the Inter-American Court of Human Rights", *American University International Law Review*, vol. 19, n. 3 (2004), p. 584; PASQUALUCCI, J., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003, p. 240.

78. Corte IDH, *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia, 25 de mayo de 2001, parágrafo 76.

educación en derechos humanos; programa de vivienda; programa de desarrollo (salud, educación, producción e infraestructura); construcción de un monumento recordatorio⁷⁹.

A nivel del sistema europeo de protección de derechos humanos, el artículo 41 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, constituye la base convencional de la obligación de reparar. En la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en casos de desapariciones forzadas de personas (así como otras violaciones serias de derechos humanos, como tortura) se ha considerado como víctimas además de las personas desaparecidas, a los familiares de ellas en tanto existen elementos tales como el estrecho vínculo paterno-filial, los esfuerzos de los familiares por encontrar a los desaparecidos y la respuesta de las autoridades, lo cual afectó directamente a los familiares por su negativa a proveerles alguna información⁸⁰.

No obstante, podemos señalar que la reparación, a diferencia del sistema interamericano, se ha limitado básicamente a la modalidad de indemnización. Tal situación se ha podido verificar incluso en casos de desaparición forzada de personas⁸¹. De cualquier modo, las categorías que constituyen la indemnización, en el *case law* de la Corte Europea de Derechos Humanos coinciden con las utilizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esa manera se han reconocido como conceptos de indemnización los daños emocionales, físicos, y las pérdidas económicas así como también se ha reconocido el pago de costas y gastos a las víctimas⁸². A su vez, la Corte Europea ha manejado un concepto amplio de víctimas otorgando indemnizaciones a los familiares de personas desaparecidas. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Bazorkina vs. Rusia*, relativo a desaparición forzada durante el conflicto armado en Chechenia, en torno al rubro de daños no pecuniarios ha tomado en cuenta que, “she [la demandante] had lost her son

79. Para las modalidades de reparación no pecuniarias véanse Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia, 29 de noviembre de 2006, párrafos 222 y ss.; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Interpretación de la Sentencia, 25 de noviembre de 2006, párrafos 265 y ss.; Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia, 22 de septiembre de 2006, párrafos 164 y ss.; Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia, 15 de septiembre de 2005, párrafos 295 y ss.

80. CEDH, *Timurtas vs. Turquía*, Sentencia, 13 de junio de 2000, párrafo 95; CEDH, *Çakici vs. Turquía*, Sentencia, 8 de julio de 1999, párrafo 98; CEDH, *Kurt vs. Turquía*, Sentencia, 25 de mayo de 1998, párrafos 130 y 134.

81. CEDH, *Bazorkina vs. Rusia*, Sentencia, 27 de julio de 2006, párrafos 178 y ss.

82. CEDH, *Ayder y otros vs. Turquía*, Sentencia, 8 de junio de 2004, párrafos 10 y 141; CEDH, *Y.F vs. Turquía*, Sentencia, 22 de julio de 2003, párrafo 33; CEDH, *Keenan vs. Reino Unido*, Sentencia, 3 de abril de 2001, párrafo 138.



and endured years of stress, frustration and helplessness in relation to his disappearance and the authorities' passive attitude"⁸³.

A nivel del sistema universal de protección de derechos humanos se puede mencionar que la definición de víctimas del principio 8 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario aprobados por Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, también recoge un ámbito no restringido de víctimas, con la inclusión de familiares. Ya en su oportunidad, la casuística del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que los familiares de las personas detenidas y desaparecidas debían considerarse como víctimas debido al profundo pesar y angustia que generaba tal situación⁸⁴.

En el Derecho internacional humanitario como ha señalado el Comité Internacional de la Cruz Roja⁸⁵, es una norma consuetudinaria que un Estado responsable por violaciones de Derecho internacional humanitario, y en concreto de violaciones graves, tenga la obligación de reparar de manera íntegra la pérdida o la lesión causada⁸⁶. A nivel del Derecho internacional humanitario convencional son ejemplos de tal obligación tanto la Convención IV de la Haya de 18 de octubre de 1907 como el artículo 91 del Protocolo Adicional I. A nivel de práctica internacional, tenemos que la Comisión de Indemnización de Naciones Unidas establecida a partir de la invasión iraquí de Kuwait ha proporcionado indemnizaciones individuales, basándose en criterios de daños personales, sufrimiento psicológico y angustia relacionados con actos tales como secuestros, asesinatos y torturas –actos que en su conjunto son equivalentes a desapariciones forzadas de personas– otorgando las indemnizaciones, según los casos los familiares de las víctimas mortales⁸⁷.

Antes de concluir este punto, conviene recordar que en la actualidad, según el artículo 75 de su Estatuto, la Corte Penal Internacional puede determinar la reparación a las víctimas de crímenes bajo su competencia, como es el

83. CEDH, *Bazorkina vs. Rusia*, Sentencia, 27 de julio de 2006, párrafos 178 y ss.; CEDH, *Timurtas vs. Turquía*, Sentencia, 13 de junio de 2000, párrafo 96.

84. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Quinteros c. Uruguay*, 21 de julio de 1983 (19º período de sesiones) Comunicación Nº 107/1981, párrafo. 14.

85. HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, pp. 537 y ss.

86. "Rule 150. A state responsible for violations of international humanitarian law is required to make full reparation for the loss or injury caused". *Ibid.*, p. 537.

87. Comisión de Indemnización de Naciones Unidas, *Criteria for Expedited Processing of Urgent Reclaims*, S/AC.26/1991/1 (2 de agosto de 1991), párrafo 10; Comisión de Indemnización de Naciones Unidas, *Personal Injury and Mental Pain and Anguish*, S/AC.26/1991/3 (23 de octubre de 1991).



caso del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas; aunque sólo puede ordenar reparaciones de parte del individuo responsable. Ello implica que, aunque los actos individuales del perpetrador puedan ser imputados a un Estado determinado, el mandato de reparación respectivo no puede ser impuesto al Estado. Sin embargo, lo anterior no debe ser interpretado como restricción al derecho de la víctima a la reparación ya sea a nivel internacional a través de, por ejemplo, las sentencias de las cortes regionales de derechos humanos o, a nivel del ámbito interno. Es más, en los pronunciamientos recientes de la *Pre Trial Chamber I* de la Corte Penal Internacional sobre el estatus jurídico de las víctimas ante la Corte Penal Internacional⁸⁸, se puede apreciar que en materia de reparaciones se sigue el importante desarrollo aportado por la jurisprudencia de las cortes regionales de derechos humanos y en concreto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esa forma, en los futuros casos de desaparición forzada de personas ante la Corte Penal Internacional, creemos que serán aplicables las consideraciones hechas en este punto en el ámbito de las reparaciones.

5. REFLEXIÓN FINAL

La desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple del núcleo duro de derechos humanos así como de las normas esenciales del Derecho internacional humanitario. Su naturaleza especialmente grave así como su presencia en el escenario internacional actual se han reflejado en el tratamiento tanto a nivel universal como regional en el Derecho internacional contemporáneo.

La comisión de la desaparición forzada de personas ya sea en forma generalizada o sistemática es decir como crimen de lesa humanidad o, la conexión de los actos individuales (tortura, asesinato, etc) que la conforman con un conflicto armado es decir como crímenes de guerra; genera la correspondiente responsabilidad internacional individual la cual puede ser juzgada o a nivel de jurisdicción penal internacional o a nivel de jurisdicción penal nacional. Precisamente, en el primer nivel, el Estatuto de la Corte Penal Internacio-

88. CPI, *Situation in the Republic Democratic of the Congo*, ICC-01/04-101-Ten-Corr, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5 and VPRS6 (Pre-Trial Chamber I), 17 de enero de 2006, párrafos 79-101; CPI, *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings Submitted by VPRS 1 to VPRS 6 (Pre-Trial Chamber I), 29 de junio de 2006, p. 7.

nal ha incorporado expresamente por primera vez los actos de desaparición forzada de personas dentro de la categoría de crimen de lesa humanidad.

No obstante, la comisión de desaparición de forzada de personas también puede generar responsabilidad internacional estatal, la cual es determinada por las cortes regionales de Derechos humanos. Tal responsabilidad involucra las obligaciones de sanción de los perpetradores, prohibición de amnistía a los responsables de tales actos así como la obligación de reparar a las víctimas. Esta responsabilidad también tiene su correlato en ciertas normas convencionales y consuetudinarias del Derecho internacional.

Como ha tratado de demostrarse en el presente trabajo, la desaparición forzada de personas es una de las áreas en las cuales la confluencia del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional de los humanos así como también del Derecho penal internacional, se produce de manera más clara. Y es que, tales disciplinas constituyen aristas autónomas pero interrelacionadas y complementarias a la vez que, tienen como objetivo último la lucha contra la impunidad⁸⁹.

Resumen

La desaparición forzada de personas es uno de los fenómenos más extendidos a nivel mundial y que plantea particulares desafíos para diferentes áreas del Derecho internacional contemporáneo. El autor analiza su criminalización internacional, ya sea como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, así como la configuración de sus ámbitos material, personal - sujetos perpetradores- y temporal. Por otro lado, se examinan las obligaciones de sanción, no amnistía y reparación a las víctimas; obligaciones que tienen los Estados frente a este crimen que constituye una violación seria del núcleo duro de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. El análisis de los tratados y jurisprudencia internacional pertinentes son las fuentes principales de esta investigación.

Abstract

The enforced disappearance of persons is one of the most spread phenomena around the world and causes peculiar challenges to different areas of contemporary international law. The author analyses its international criminalization, either as crimes against humanity or as war crimes, as well as the configuration of its material, personal - perpetrators - and temporal areas. On the other hand, it is examined the State obligations to punish, no-amnesties and reparation to victims, with regard to this crime that constitutes a serious violation of the human rights core and international humanitarian law. The analysis on the pertinent treaties and international jurisprudence are the main sources in this research.

89. Sobre la relación entre la responsabilidad internacional individual y la responsabilidad internacional estatal como caras del mismo problema confrontar: Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia, 14 de marzo de 2001. Voto concurrente del juez Cançado Trindade, parágrafo 13.

