

*Por el Imperio del Derecho*

---



*La Revista*

---

*Comisión Internacional de Juristas*

*Impunidad, crimen de lesa humanidad  
y desaparición forzada*

*Editora: Louise Doswald-Beck*

---

*Julio 2001  
Nº 62-63*

## ***Comisión Internacional de Juristas***

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una organización no gubernamental dedicada a promover la comprensión y observancia del Imperio del Derecho y la protección jurídica de los derechos humanos en todo el mundo.

Su sede central está ubicada en Ginebra, Suiza. Posee 85 secciones nacionales y organizaciones jurídicas afiliadas. Goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la UNESCO, el Consejo de Europa y la Organización de la Unidad Africana. La CIJ mantiene relaciones de cooperación con órganos de la Organización de los Estados Americanos.

Sus actividades incluyen una serie de publicaciones periódicas y no periódicas; organización de congresos y seminarios; realización de estudios sobre temas que involucran el Imperio del Derecho y la publicación de informes sobre ello; el envío de observadores internacionales a juicios penales; intervenciones ante gobiernos y difusión de comunicados de prensa referidos a violaciones del Imperio del Derecho; el patrocinio de propuestas dentro de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales para promover mecanismos y redactar tratados e instrumentos internacionales tendientes a la protección de los derechos humanos.

Para adquirir las publicaciones de la CIJ y del CIJA, incluyendo *La Revista* y el Anuario (en inglés) del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA), usted puede dirigirse al Secretariado de la CIJ, en Ginebra, o hacer su orden de pedido a través de la página web de la CIJ (<http://www.icj.org>). El pago puede hacerse en Francos Suizos o en su equivalente en otras monedas, sea mediante cheque o a través del banco UBS, Ginebra, Suiza, cuenta N° CO -142.548.0. Si adquiere las publicaciones a través del página web de la CIJ, el pago puede efectuarse mediante tarjeta de crédito.

El Secretario General, responsable del editorial, actúa de conformidad con la política general definida por la CIJ. Los artículos expresan la opinión de sus autores; su publicación por la CIJ implica que los mismos han sido considerados de interés general. No obstante, la CIJ se reserva el derecho de no aprobarlos en su totalidad. Los artículos no firmados, excepto el editorial, y bajo indicación expresa, han sido elaborados por el personal de la CIJ, bajo la dirección del Secretario General.

Comisión Internacional de Juristas  
P.O. Box 216, 81-A Avenue de Châtelaine  
CH-1219 Châtelaine/Ginebra, Suiza  
Tel. (41 22) 979 38 00 - Fax (41 22) 979 38 01  
Correo electrónico: [info@icj.org](mailto:info@icj.org)  
Página web: [www.icj.org](http://www.icj.org)

© COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS

P.O. Box 216 CH-1219 Châtelaine/Genève, Suisse

Tel. (41 22) 979 38 00

Fax (41 22) 979 38 01

E-mail: [info@icj.org](mailto:info@icj.org)

[www.icj.org](http://www.icj.org)

Primera edición, 1500 ejemplares

Lima, Perú, agosto 2001

Hecho el Depósito Legal Registro N° 2000-3478

ISSN: 0020-6393

# Contenido

Prefacio <i>Louise Doswald-Beck</i>	7
--	---

## Artículos

La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad <i>Rodolfo Mattarollo</i>	11
--	----

Augusto Pinochet Ugarte ante la justicia chilena <i>Alejandro Artucio</i>	49
--	----

Antecedentes del proceso de elaboración del Proyecto de Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas <i>Wilder Tayler</i>	65
--	----

El Proyecto de Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas <i>Federico Andreu-Guzmán</i>	75
--	----

## Textos Básicos

Proyecto de Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas	109
--	-----

## Documentos

Memorial en derecho <i>Amicus Curiae</i> presentado por la Comisión Internacional de Juristas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Efraín Bámaca Velásquez c. Guatemala	129
--	-----

Informe en derecho sobre la incompatibilidad del Decreto Ley N° 2191 de 1978 de Chile con el derecho internacional	163
--	-----

## Prefacio

Durante cerca de cincuenta años, la Comisión Internacional de Juristas ha trabajado para asegurar la supremacía del Imperio del Derecho. Parte central de esta misión ha sido la lucha contra la impunidad -los autores de violaciones a los derechos humanos deben responder por sus actos- ante la ley. Esta Revista está dedicada, en un sentido amplio, a esa lucha.

Esta tarea no es reciente. En abril de 1974, la Comisión Internacional de Juristas fue la primera organización no gubernamental (ONG) que realizó una misión de investigación en Chile, después del golpe militar. De manera ilustrativa y sucinta, el entonces Secretario General, Niall MacDermott, describió una situación de “gobierno por intimidación”:

“...el número de personas que se encuentran detenidas puede fácilmente ascender a 3.000 [...] a veces, estas detenciones son realizadas de forma anónima, por personas vestidas de civil y utilizando vehículos sin matrícula de identificación. Nadie está en capacidad de saber quién los detuvo o dónde se encuentran. Muchos de ellos permanecen incomunicados durante largos períodos [...] Creemos que las diferentes

formas de maltrato que a veces llegan a ser graves torturas, son infringidas sistemáticamente por algunos de los encargados de llevar a cabo los interrogatorios y no, aisladamente y en el momento del arresto, como muchos han pretendido hacernos creer”<sup>1</sup>.

Hace veinticinco años, cuando este escalofriante relato era escrito, los términos “desaparición involuntaria” o “desaparición forzada” no habían entrado a ser parte, aún, de nuestra conciencia colectiva. El término sólo figuraba de manera oblicua en el léxico de derechos humanos y el informe de la misión realizada por la CIJ empleaba el eufemismo de “personas perdidas”. Pero con el paso del tiempo, la brutalidad de los regímenes militares de América Latina se convirtió en una realidad de histórica trascendencia. El término “desapariciones forzadas” cobró gran relevancia y se erigió como sinónimo de ley autoritaria.

Sin embargo, sería errado pensar que tales eventos reflejan únicamente la experiencia latinoamericana. En su artículo, Wilder Tayler da cuenta de cómo en los últimos quince años se han registrado también, miles de casos de “desapariciones forzadas” en Asia, Africa, Europa y Medio Oriente. En efecto, en su in-

<sup>1</sup> International Commission of Jurists, *Report to Chile*, Geneva, 17 May 1974, Pag. 3. (Original en inglés, traducción libre).

forme anual a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su 56 período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias registró información sobre trescientos nuevos casos ocurridos en veintitrés países, de los cuales diecinueve se cometieron fuera de América Latina.

Así las cosas, el término “desaparición forzada” es de alcance global y actual.

Durante cerca de dos décadas, la Comisión Internacional de Juristas, así como otras ONG's (Amnistía Internacional, Human Rights Watch, Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos Desaparecidos, (FEDEFAM), Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), Servicio Internacional de Derechos Humanos) han impulsado campañas para la adopción de una Convención sobre las desapariciones forzadas. Todos estos esfuerzos son tratados en los artículos de Wilder Tayler y Federico Andreu quienes ilustran al lector acerca de los orígenes, historia y necesidad de esta iniciativa.

No obstante, hay, todavía, quienes ponen en duda la necesidad de esta Convención. Para algunos, ésta duplica disposiciones ya existentes en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, los instrumentos con los que se cuenta no abordan el problema de la definición de este crimen ni el de

sus elementos constitutivos. Una Convención debería definir el crimen de desaparición forzada y sus elementos constitutivos, establecer disposiciones que permitan prevenir su práctica tanto a nivel nacional como internacional, brindar reparación; abordar el problema de la apropiación y adopción de niños de padres desaparecidos y establecer un órgano de supervisión y control.

Este año, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas acordó establecer un Grupo de Trabajo para examinar el proyecto de Convención. La CIJ y las demás ONGs han trabajado duramente para el logro de este resultado y es nuestro compromiso llegar hasta final de este proceso. Aunque cabe anotar que la Convención es sólo un medio para combatir la impunidad. La actividad judicial, incluido el ejercicio de la jurisdicción universal, constituye otro medio.

En su artículo, Rodolfo Mattarollo examina cómo en la actualidad, el Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, vincula jurídicamente a Argentina. Mattarollo explora la propuesta según la cual, bajo el Derecho Internacional Consuetudinario son nulas y sin efectos jurídicos las amnistías y la aplicación de la prescripción (existentes en el derecho nacional) diseñados para proteger de la acción de la justicia a quienes han perpetrado crímenes contra la humanidad. En la misma vía, Alejandro Artucio trata en su artí-

culo, con eminente elocuencia, los complejos argumentos legales que condujeron al levantamiento de la inmunidad parlamentaria del ex General Pinochet. Gracias a este procedimiento los obstáculos han sido removidos y la justicia tiene el camino abierto para seguir su curso.

Con frecuencia se ha dicho que una justicia morosa equivale a una justicia negada. Y también es cierto que para muchas víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, las ruedas de la justicia avanzan a un ritmo dolorosamente lento. No obstante, existen alentadores desarrollos.

En el mes pasado vimos a Milosevic, antiguo Presidente de Yugoslavia, comparecer ante el Tribunal de La Haya. A pesar de su burlona y desafiante negativa a rendir declaración ("ésta es una falsa tribuna"), él tiene ahora que responder por sus acciones ante la comunidad internacional. Su comparecencia sirvió como catalizador -ha desencadenado la entrega de otros criminales de Croacia y de la República Sprska (Serbobosnia),<sup>2</sup> acusados. Asimismo, Pinochet se enfren-

ta a un proceso judicial. Aunque su supuesto frágil estado de salud impida la aplicación total de la ley, un importante principio ha quedado reiterado: no se tolerará la impunidad para graves violaciones al derecho internacional, independientemente del cargo oficial de los autores de estos crímenes. En años recientes, tribunales de Bélgica, Dinamarca, Alemania y Suiza han condenado, sobre la base del principio de jurisdicción internacional, a personas responsables de crímenes internacionales cometidos tanto en Ruanda como en Bosnia. Igualmente, otros casos han sido llevados ante los tribunales de Austria, Francia, España y el Reino Unido, de los cuales unos están pendientes aún y otros han sido archivados por falta de suficiente mérito probatorio.

La CIJ continuará con su persistente esfuerzo para asegurar que nadie quede fuera del alcance de la justicia. Este es un pilar del Imperio del Derecho y es parte integral de nuestra misión.

Louise Doswald-Beck  
Secretaria General

---

<sup>2</sup> La República Sprska es una de las dos entidades que forman la República de Bosnia-Herzegovina, junto a la Federación croato-musulmana.



## La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad

Rodolfo Mattarollo\*

### I. Introducción

Los tribunales argentinos en los últimos once años han aplicado la categoría de

los crímenes *de* derecho internacional (crimes *under* international law)<sup>1</sup> en el examen de cierto número de casos. En algunos de estos casos se trataba de atro-

---

\* Rodolfo Mattarollo es actualmente miembro de la Comisión Directiva del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Ha sido Director Ejecutivo Adjunto de la Misión Civil Internacional en Haití, OEA/ONU (MICIVIH), desde 1996 hasta su terminación el 15 de marzo de este año. Ha sido miembro de la Asociación Gremial de Abogados de Buenos Aires y defensor de presos políticos a partir de 1971. Durante su exilio en Francia integró el Consejo Directivo de la Comisión Argentina de Derechos Humanos (CADHU). Restablecida la democracia regresó al país donde enseñó Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y en el Instituto de Integración Latinoamericana de la Universidad Nacional de La Plata. Fue Profesor Invitado en la Universidad de Paris V -René Descartes- Francia. Profesor de Derechos Humanos en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.) de San José de Costa Rica. Asesor de Derechos Humanos en la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL). Consultor Jurídico Internacional en la Oficina del Fiscal Especial del Gobierno de Transición de Etiopía. Es autor de numerosos trabajos de investigación en materia de derechos humanos publicados en varios países, entre ellos, Argentina, El Salvador, Costa Rica, Francia y Canadá. Asimismo ha publicado numerosos artículos sobre derechos humanos en *Le Monde Diplomatique* de Francia, y diversos medios de prensa de la Argentina. Las opiniones vertidas en este artículo no son necesariamente las de la institución. Este artículo ha sido cedido por cortesía de la REVISTA ARGENTINA DE DERECHOS HUMANOS publicada en Buenos Aires por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Universidad Nacional de La Plata.

<sup>1</sup> Las infracciones penales internacionales analizadas en este artículo que han sido tenidas en cuenta en la última década por nuestra jurisprudencia son los crímenes *de* derecho internacional (crimes *under* international law), o sea crímenes de los individuos.

Junto a esta categoría existen los crímenes internacionales (international crimes), crímenes del Estado, que también están regidos por el derecho internacional y que pueden configurarse al mismo tiempo que aquellos.

Existe una tercera categoría jurídica de infracciones internacionales que algunos autores llaman "infracciones internacionales por el solo modo de incriminación" (Claude Lombois: "infracciones internacionales par le seul mode d'incrimination") o "infracciones de interés internacional" (Roger S. Clark: "offenses of international concern").

ciudades cometidas durante la segunda guerra mundial, y en otros, de la violación de los derechos humanos durante la dictadura militar en nuestro país. En un caso se trata de hechos ocurridos en

nuestro país en los que aparece comprometida la responsabilidad penal de militares chilenos, entre otros individuos.

La fuente de estos crímenes de dere-

---

La primera categoría de infracciones penales internacionales, los crímenes de derecho internacional, acarrear la responsabilidad penal individual de sus autores, cómplices o encubridores. Entre estas infracciones se cuentan la trilogía de crímenes juzgados por el Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg) o el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio): crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Esta categoría comprende también el genocidio (el Artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio “confirma” que el genocidio “es un delito de derecho internacional”, porque ya lo era del derecho internacional general), el apartheid (el Artículo I de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid declara que “el apartheid es un crimen de lesa humanidad”), los crímenes juzgados por los dos Tribunales Internacionales ad hoc (para la ex Yugoslavia y para Ruanda) y los que está llamada a juzgar la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998.

Una importante contribución a la codificación de los crímenes de derecho internacional ha sido efectuada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas mediante la redacción del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (Ver Documento ONU A/51/332 de 30 de julio de 1996). Según el art. 1 (2) del texto de 1996, los “crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional. En ese Proyecto (artículo 18) se define como crímenes contra la humanidad “(...) la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo (...)” de los siguientes actos, entre otros: el asesinato, la tortura, la sujeción a esclavitud y la desaparición forzada de personas. Ahora bien, un paso decisivo en la codificación de los crímenes de derecho penal internacional es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998.

El segundo tipo de infracciones, los crímenes internacionales, acarrear responsabilidad penal a cargo de los Estados como tales, la que se traduce, entre otras cosas, por la obligación de indemnizar. Las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos fundamentales, como las ejecuciones sumarias, las desapariciones forzadas y los actos de tortura pueden constituir a la vez crímenes de derecho internacional, en particular crímenes de lesa humanidad, y crímenes internacionales.

El crimen internacional por su parte había sido definido en otro proyecto de instrumento internacional también elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados. El art. 19 (2) de ese Proyecto establece que “El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional”.

Por último, en la tercera categoría de infracciones internacionales -las infracciones internacionales por el solo modo de incriminación o infracciones de interés internacional- se cuentan conductas tales como la falsificación de moneda, el tráfico de estupefacientes o las infracciones contra la seguridad de la circulación marítima o aérea.

cho internacional puede encontrarse en los tratados internacionales o en el derecho internacional general o consuetudinario, tradicionalmente llamado por nuestra Constitución, la jurisprudencia y la doctrina nacionales, conforme a una expresión ilustre y más de dos veces milenaria, el “derecho de gentes”.

El objetivo de este artículo es contribuir a un ya considerable esfuerzo de la jurisprudencia y la doctrina nacionales tendiente a precisar en qué medida el derecho internacional, consuetudinario y convencional, es vinculante para la Argentina hoy en esta materia.

La Constitución Nacional reformada en 1994 ha reconocido jerarquía constitucional en su artículo 75 inciso 22 a una serie de instrumentos internacionales, entre los que se cuentan dos Declaraciones “solemnes”<sup>2</sup> -una universal y otra regional- y nueve tratados internacionales -ocho de ellos universales y uno regional. Luego, con la mayoría calificada establecida en la Constitución, se reconoció jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Aunque ya el artículo 102 de la Constitución Nacional -hoy artículo 118- había confirmado la vigencia en nuestro país del derecho internacional consuetudinario -derecho de gentes- la nueva norma constitucional (artículo 75 inciso 22) lo reitera, en cuanto incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos entre los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

En efecto, la Declaración Universal no es un tratado, pero su carácter obligatorio no ofrece dudas, por lo menos desde la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Teherán, en 1968<sup>3</sup>. Esto es así en la medida en que desde hace tiempo se la considera expresión del derecho internacional consuetudinario o sea “de la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. (Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Más aún, la Declaración Universal expresa un conjunto de obligaciones de los Estados con carácter “*erga omnes*”, para utilizar la expresión de la Corte Internacional de Justicia en el famoso *obiter dictum* del caso Barcelona Traction<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Sobre las Declaraciones “solemnes” en el ámbito de las Naciones Unidas ver Erica-Irene A. Daes, “La Libertad del individuo ante la ley”, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, p. 53 y ss. y en especial p. 54, párrafo 179.

<sup>3</sup> Proclamación de Teherán, 13 de mayo de 1968, “La Conferencia Internacional de Derechos Humanos, (...) Declara solemnemente que: (...) 2. La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional; (...)”.

<sup>4</sup> Corte Internacional de Justicia, Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, (segunda fase), Sentencia del 5 de febrero de 1970. Recueil 1970, p. 32. Párrafo 23: “Debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en

El objetivo de este artículo no es histórico. Sin embargo, habría que mencionar un conjunto de factores, jurídicos y extrajurídicos, en la evolución reciente de nuestra jurisprudencia -en especial a partir del voto del camarista Leopoldo H. Schiffrin *in re Schwamberger*.

Sin duda esta evolución está vinculada al “desarrollo progresivo” del derecho internacional acelerado a partir de la segunda guerra mundial, el cual como es sabido proviene a su vez de desarro-

llos muy anteriores. No es el caso de remontarse aquí a los clásicos del derecho internacional a partir del Renacimiento, o a épocas aún más lejanas, en las que se echaron los fundamentos del jusnaturalismo generalmente vinculado al “derecho de gentes”<sup>5</sup>.

Baste recordar rápidamente los antecedentes del derecho de Nuremberg, surgidos durante la última guerra mundial y antes del fin de la contienda<sup>6</sup>. El más importante es la Declaración de Moscú

su conjunto y las que nacen frente a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Vista la importancia de los derechos en juego, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*.

“Dichas obligaciones derivan por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de haberse puesto fuera de la ley los actos de agresión y de genocidio, pero también de los principios y las reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendida la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial. Ciertos derechos de protección se han incorporado al derecho internacional general (Reservas a la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1951, p. 23); otros están conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal”.

<sup>5</sup>“Antígona” de Sófocles ha sido señalada muchas veces como “la tragedia de los derechos humanos” y constituye un perdurable legado de Atenas a la concepción del derecho natural. El replanteo de la concepción romana del “*jus gentium*” por Francisco de Vitoria, ha sido analizada por Andrés Upegui Jiménez, *La conquista de América y el derecho de guerra: el pensamiento jurídico de Francisco de Vitoria*, en “Cinco siglos: La conquista de América y el derecho de guerra y otros ensayos”, Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes, Bogotá, 1992, p. 7 y ss.

<sup>6</sup> La primera de las declaraciones aliadas sobre las atrocidades de la guerra data del 17 de abril de 1940, cuando los gobiernos francés, británico y polaco formulan un “llamado formal y público a la conciencia del mundo” contra los crímenes cometidos por las autoridades y las fuerzas de ocupación alemanas en Polonia. Ya en esta ocasión denunciaban la violación de la IV Convención de La Haya de 1907.

El 25 de octubre de 1941 el primer Ministro Churchill menciona por primera vez lo que puede ser entendido como una sanción penal por los crímenes que se estaban cometiendo.

De alcance aún mayor es la Declaración de Saint-James del 13 de enero de 1942, firmada en Londres por los representantes de los gobiernos de los países ocupados. Los actos mencionados en la Declaración eran crímenes cometidos contra la población civil por el Tercer Reich o sus aliados en dichos países.

Deben considerarse igualmente la Declaración de los Aliados sobre la persecución y el exterminio de los judíos del 17 de diciembre de 1942 publicada simultáneamente en Londres, Washington y Moscú.

del 30 de agosto de 1943, firmada por el presidente Franklin Delano Roosevelt, el mariscal Joseph V. Stalin y el Primer Ministro Winston S. Churchill. Los tres firmantes declararon hablar en nombre de las 32 Naciones Unidas. La Declaración de Moscú sobre los crímenes de guerra se convirtió en parte integrante del "derecho de Nuremberg".

Tener en cuenta estos antecedentes es útil para la posterior discusión sobre el requisito de conocimiento previo, en relación con el principio de legalidad en el derecho internacional, en lo que se refiere a los juicios por hechos relacionados con los crímenes del nazismo, o a hechos posteriores, que puedan ser calificados de crímenes de derecho internacional.

Habría que mencionar entre los acontecimientos más recientes, que permiten contextualizar la evolución de nuestra doctrina y jurisprudencia, la creación de los dos tribunales internacionales *ad hoc* para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia<sup>7</sup> y en Ruanda y los países vecinos de Ruanda<sup>8</sup>. También es un dato mayor la posterior adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en la medida en que clarifica una gran cantidad de cuestiones vinculadas tanto a la "parte general" como a la "parte especial" de un código de crímenes de derecho internacional<sup>9</sup>.

Algo que reviste gran importancia para este proceso, por su indudable retroacción sobre la jurisprudencia local, en

<sup>7</sup> Ver Resolución 827 (1993) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 1993. Documento ONU S/RES/827 (1993) y su Anexo: Estatuto del Tribunal Internacional.

<sup>8</sup> Ver Resolución 955 (1994) adoptada por el Consejo de Seguridad el 8 de noviembre de 1994. Documento ONU S/RES/955 (1994) y su Anexo: Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

<sup>9</sup> *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*  
*Artículo 5. Crímenes de la competencia de la Corte*

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión. (...)

*Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad*

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualesquiera 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:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzado de población;

la que ejerce una influencia directa, es la aplicación de la jurisdicción universal por parte de tribunales europeos, que investigan los crímenes cometidos en sus países de origen por militares latinoamericanos durante las dictaduras que practicaron el terrorismo de Estado en la región, y aun fuera de ella, durante los años 70.

Se trata como es sabido de las causas instruidas por graves violaciones de los derechos humanos constitutivas de crímenes de derecho de gentes en cabeza

de militares y ex militares argentinos<sup>10</sup> y chilenos<sup>11</sup> en diversos países europeos y en particular en España, donde generaron ese hecho mayor que fue el pedido de extradición de Augusto Pinochet al Reino Unido.

Como en otros aspectos del desarrollo progresivo del derecho internacional, esta evolución es inseparable de un fuerte crecimiento de la conciencia ética de la sociedad civil -en especial en los países de la región<sup>12</sup>, pero no sólo en ellos<sup>13</sup>. Me

---

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

<sup>10</sup> Auto de dos de noviembre de mil novecientos noventa y nueve de D. Baltasar Garzón Real, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional de Madrid, España, en el Sumario 19/97-L TERRORISMO y GENOCIDIO, por el que declara procesados a un conjunto de individuos encabezados por Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera y Omar Rubens Graffigna y dispone librar órdenes de busca y captura internacionales para conseguir la detención internacional de los procesados caso de ser habidos en cualquier país del mundo a efectos de extradición.

<sup>11</sup> Ver House of Lords, Session 1998-99, Opinions of the Lords of Appeal. Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others *ex parte* Pinochet and Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others *ex parte* Pinochet. For Judgment by the House of Lords on Wednesday, 24<sup>th</sup> March 1999.

<sup>12</sup> Para advertir la magnitud de este proceso en la región, que alcanza incluso a un país inesperado, ver Rodolfo Mattarollo, Transition to Democracy and Institution-Building: A Case Study of Haiti, en "Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human rights: Proceedings of the Siracusa Conference, 17-21 September 1998,"

refiero tanto a los países de la difícil transición hacia la democracia a partir de dictaduras militares y regímenes autoritarios, sobre todo en el Cono Sur, como a aquéllos en los que se desarrollan no menos arduos acuerdos de paz luego de los conflictos armados internos, aunque en gran parte internacionalizados, en Centroamérica.

Esta evolución aparece como el resultado de una conjunción del movimiento de derechos humanos, en el que desempeñan un papel decisivo los organismos de afectados directos, que ha mantenido la continuidad y elevado el nivel de sus reivindicaciones a lo largo de las tres últimas décadas, a veces en una verdadera "travesía del desierto", el militatismo jurídico, contra viento y marea, de ciertos magistrados y de los abogados de derechos humanos<sup>14</sup>, y el papel decisivo de muchos periodistas y órganos de prensa.

Sin este entrelazamiento y el de otros actores, movimientos sociales, escritores, artistas, universitarios, etc., muchas veces encarando sus acciones a escala internacional, este proceso hubiera sido muy difícil o decididamente imposible para superar esa era que un experto de las Naciones Unidas, encargado de estudiar la cuestión de la impunidad, llamó la época del "derecho contra las víctimas"<sup>15</sup>. Esos múltiples esfuerzos lograron superar esa etapa y darle legitimidad nacional e internacional a la lucha contra la impunidad, tal como aparece consagrada por el documento final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, de junio de 1993<sup>16</sup>.

## II. El derecho internacional consuetudinario

Establecer las características del derecho internacional consuetudinario parece especialmente importante, ya que

---

Christopher C. Joyner, Special Editor, Association Internationale de Droit Pénal, èrés, 1998, p. 483 y ss. y en especial p. 494 y ss.

<sup>13</sup> En Senegal se ha puesto recientemente en movimiento la acción pública para la instrucción de un proceso penal contra el ex dictador del Chad Hissene Habre, por atrocidades cometidas bajo su régimen. El ex dictador derrocado residía en Senegal.

<sup>14</sup> El papel decisivo de los organismos y de los abogados de derechos humanos, al igual que el de los magistrados españoles, en las causas instruidas por el juez Baltasar Garzón, es un tema que requiere un estudio especial.

<sup>15</sup> La expresión corresponde al jurista francés Louis Joinet, experto de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas.

<sup>16</sup> Según la Conferencia Mundial, de la que participó activamente la Argentina, los Estados "deben abrogar la legislación conducente a la impunidad de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos como la tortura y perseguir dichas violaciones, suministrando de esa forma una base firme para el imperio de la ley". (Declaración y Programa de Acción de Viena adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, II, párr. 60).

en gran parte la cuestión de la aplicación en la Argentina de la categoría penal de los crímenes de lesa humanidad puede tropezar, entre otras, con objeciones surgidas de la reserva al artículo 15 segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas formulada por el gobierno argentino al ratificar ese instrumento internacional.

En efecto, esa reserva, más allá de posibles motivaciones políticas, tendientes a limitar la acción de la justicia por las violaciones del pasado, se basó jurídicamente en el argumento según el cual dicha norma del Pacto sería contraria al principio de legalidad reconocido por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En la situación actual del derecho internacional, en que la codificación ha avanzado considerablemente, la importancia de identificar las normas del derecho internacional consuetudinario deriva de que dichas normas son vinculantes incluso para los Estados que no son parte en el instrumento convencional que las recepta. En tal caso, lo que obliga a esos Estados, por supuesto, no es la

norma convencional sino la norma consuetudinaria.

El principal argumento para sostener que el derecho de Nuremberg no fue retroactivo es precisamente el carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario ya en vigencia con anterioridad a la adopción de las leyes racistas por la Alemania nazi.

Es significativo de la manera en que operan las normas del derecho internacional general o consuetudinario la disposición de cada uno de los cuatro Convenios de Ginebra que regulan la perdurable vigencia del derecho de gentes en el supuesto de denuncia del Convenio.

En efecto los cuatro Convenios de Ginebra estipulan que si se produjera la denuncia del Convenio, ésta "(...) No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública"<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> C. I, art. 63, C. II, art. 62, C. III, art. 142, C. IV, art. 158. Protocolo adicional I de 1977, art. 1 (2) y Protocolo adicional II de 1977, cuarto párrafo del Preámbulo.

Dice a este respecto el autorizado Comentario de los Convenios de Ginebra realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) sobre la norma citada en el texto que ella "(...) reafirma el valor y la permanencia de los principios superiores en que la Convención se inspira. Esos principios existen más allá de la Convención y no están limitados por su marco. Esto muestra bien (...) que una Potencia que llegara a denunciar la Convención continuaría obligada por los principios que contiene, en cuanto son la expresión de reglas inalienables y universales del derecho de gentes consuetudinario. (...) Su parentesco con el inciso 8 del preámbulo de la IV Convención de La Haya de 1907 -la llamada cláusula Martens- es manifiesto." (Ver "Commentaire publié sous

Entre esas obligaciones se cuenta el respeto debido al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, aplicable a los conflictos armados internos.

La Argentina al ratificar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 ha reconocido expresamente este carácter no derogable del derecho de gentes en el ámbito del derecho internacional humanitario, aun en el supuesto de la denuncia de los Convenios.

Esto se compadece enteramente con lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ratificada por nuestro país, en su artículo 43:

*“Artículo 43.- Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado.*

“La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en

virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”<sup>18</sup>.

No puede demorarse la referencia a las normas imperativas del derecho internacional general o consuetudinario (*jus cogens*). La cuestión también está regulada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 53.

*“Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).*

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

No todas las reglas del derecho internacional consuetudinario tienen carác-

---

la direction de Jean S. Pictet.” I La Convention de Genève pour l'Amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne. Genève. Comité International de la Croix-Rouge, 1952, p. 464. Ver también “Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949”, Comité International de la Croix-Rouge, Genève 1986, p. 38, párrafos 52 y ss. y p. 1365, párrafos 4432 y ss.).

<sup>18</sup> Entre las obligaciones no derogables contraídas en virtud de la ratificación de los Convenios se cuenta la represión de las “infracciones graves” a dichos Convenios: C. I, art. 50, C. II, art. 51, C. III, art. 130, C. IV, art. 147.

ter imperativo (*jus cogens*), aunque en esto los autores no son unánimes y existen los que asimilan las dos categorías<sup>19</sup>. Sin embargo, aquéllas que más allá de toda duda revisten ese carácter no pueden ser objeto de reservas. A este respecto se ha observado que “si los Estados no pueden ratificar un tratado contrario a una regla de *jus cogens*, parece lógico que tampoco puedan formular reservas a esas reglas del tratado que incorporan normas de *jus cogens*”<sup>20</sup>.

Tal es el caso como veremos del principio de legalidad en el derecho penal internacional de la manera como se refleja en el artículo 15 segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A su vez se ha afirmado que las infracciones internacionales que revisten el carácter de *jus cogens* constituyen *obligatio erga omnes* y son inderogables. Entre las consecuencias de este estatuto legal de los crímenes establecidos por reglas de *jus cogens* se cuentan, según M. Cherif Bassiouni, las siguientes obligaciones imperativas de los Estados:

“(…) el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda inmunidad, comprendida la de los Jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la “obediencia debida” (salvo como circunstancia atenuante), la aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, su no derogación bajo los “estados de excepción” y la jurisdicción universal”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> M. Cherif Bassiouni cita en este sentido la opinión del Profesor Anthony D'Amato, “The Concept of Custom in International Law”, 132 (1971) en su artículo titulado “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, publicado en Christopher C. Joyner, op. cit. p. 139 y nota 17.

<sup>20</sup> Ver en Theodor Meron, “Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law”, Clarendon Press – Oxford, 1991, la opinión del. Sinclair, p. 20.

<sup>21</sup> Ver M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*” en Christopher C. Joyner, op. cit. p. 133. Bassiouni afirma que el *jus cogens* hace referencia al estatuto jurídico alcanzado por ciertas infracciones internacionales y las *obligatio erga omnes* remiten a las consecuencias jurídicas que dimanar de la calificación de un determinado crimen como *jus cogens*. (Op. cit. loc. cit.). Las numerosas reservas expresadas en la literatura jurídica sobre el alcance de estas categorías, debían ser superadas, según Bassiouni, por la adopción de una “legislación” en el ámbito de aplicación del derecho penal internacional. Esto finalmente en gran parte se ha realizado con la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998. Dicho tratado internacional clarifica buena parte de las cuestiones a que hace referencia Bassiouni en el trabajo citado en esta nota.

Para la debatida cuestión de establecer si toda violación de una regla de *jus cogens* constituye una infracción penal internacional ver P.M. Dupuy, “Observations sur le “Crime International de l'État”, Extrait de la “Revue Générale de Droit International Public,” Avril – Juin 1980 – N° 2, Éditions A. Pedone, Paris, 1980, p. 12 y ss. y nota 57. La cuestión ha sido abordada por Juan Antonio Travieso en “Derechos Humanos y Jurisprudencia”, Buenos Aires, Eudeba, 1998, p. 46.

### III. El principio de legalidad en el derecho internacional

La doctrina y la jurisprudencia locales han analizado la formulación del principio de legalidad en el derecho internacional convencional, tal como resulta del artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas<sup>22</sup> - que goza de jerarquía constitucional, "en las condiciones de su vigencia", conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, como se ha dicho antes, el instrumento argentino de ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos formula una reserva en el sentido de que la aplicación del párrafo segundo del art. 15 del Pacto, queda sujeta a lo prescrito por el art. 18 de la Constitución que establece el principio de legalidad.

Esto hace necesario interpretar la expresión del artículo 75 inciso 22 de la Constitución que al reconocer a determinados instrumentos internacionales de

derechos humanos jerarquía constitucional, lo hace "en las condiciones de su vigencia".

Según lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia -en su sentencia del 7 de abril de 1995 en autos "Giroldi Horacio David y otro s/recurso de casación" (considerando 11)- la expresión "en las condiciones de su vigencia" obliga a interpretar las cláusulas de los instrumentos internacionales tal como rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (en el caso señalado se hacía específica referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos)<sup>23</sup>.

En opinión de Guillermo R. Moncayo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos rige en nuestro orden jurídico con la reserva antes señalada (acatamiento del artículo 18 de la Constitución Nacional). Y ello porque "(...) cuando el art. 75, inc. 22 de la Constitución habla de las convenciones que

<sup>22</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 15.

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

<sup>23</sup> Juan Antonio Travieso, op. cit., p. 196. La Corte había abierto el camino a esta jurisprudencia novadora en el conocido caso Ekmekdjian Miguel A.c/ Sofovich, Gerardo y otros. CS, julio 7-1992.

tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, ha de entenderse que la norma internacional adquiere jerarquía constitucional con las reservas que nuestro país ha hecho y también con las reservas que los terceros Estados parte hayan hecho y que vinculan a la Argentina”<sup>24</sup>.

En realidad la aplicación jurisprudencial de los tribunales internacionales no está en contradicción con la formulación de reservas, si éstas respetan lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Sección II, Reservas, artículos 19 y ss.).

Pero la cuestión no puede resolverse con una mera referencia al derecho internacional convencional. Como lo dice la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital *in re* Jorge Rafael Videla<sup>25</sup>, con relación al principio de legalidad, las reservas en la materia en nada pueden modificar la normativa internacional y el peso de las obligaciones emergentes de las restantes fuentes normativas internacionales. Para añadir que el derecho interno no puede oponerse al *jus cogens*, ni siquiera las normas de orden constitucional. Similares considera-

ciones fueron también desarrolladas por ese tribunal en el expediente caratulado “Massera s/ Excepciones”<sup>26</sup>.

Esta posición tiene también una base dogmática que corresponde tener en cuenta, aunque no aparece mencionada expresamente en los precedentes jurisprudenciales considerados aquí. En efecto, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales convencionales y no convencionales, entre estos últimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ahora bien, la Declaración Universal en su artículo 11 (2) enuncia el principio de legalidad en el derecho nacional e internacional:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. (...)”.

Se trata de una formulación sintética del principio de legalidad sustancialmente similar a la del artículo 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con una diferencia, no exis-

<sup>24</sup> Guillermo R. Moncayo, Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino, en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, compiladores: Martín Abregú y Christian Courtis, CELS, Editores del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 1997, p. 97 y 98. En el mismo sentido, Miguel Ángel Perrotta, Tratados Internacionales, en “La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático”, Coordinadores Miguel Ángel Ekmekdjian y Raúl Gustavo Ferreyra, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 326.

<sup>25</sup> Exp. 30312. Videla J.R. s/ prisión preventiva. 9 de septiembre de 1999.

<sup>26</sup> Exp. 30514. “Massera s/ excepciones”. 9 de septiembre de 1999.

ten reservas que puedan formularse ante un instrumento internacional que no es un tratado, que hoy forma parte, sin duda, del derecho internacional general o consuetudinario y cuyas normas referidas al principio de legalidad gozan de carácter imperativo (*jus cogens*)<sup>27</sup>.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9 sobre el principio de legalidad y retroactividad, formula dicha regla de manera compatible con el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 11 (2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En efecto, según la Convención Americana:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable”.

El principio de legalidad en el dere-

cho penal internacional está también confirmado por la Convención de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950] (artículo 7 (2)), de manera similar a como la definirá el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas en 1966. Esta disposición convencional fue aclarada por la aplicación que recibió en el sistema regional europeo de derechos humanos donde se justificó, por ejemplo, la condena en virtud de una ley noruega retroactiva que incriminaba la colaboración con la administración alemana de ocupación<sup>28</sup>.

Con cierta frecuencia se dice que el principio de legalidad, que constituye un axioma fundamental del derecho penal garantista, es ajeno al derecho penal internacional. Esto no es exacto.

El fundamento filosófico, histórico

<sup>27</sup> Existe una abundante literatura, e incluso antecedentes jurisprudenciales internacionales, sobre el valor jurídico de la Declaración Universal, su carácter directamente operativo y vinculante, e incluso sobre la jerarquía de sus normas (*jus cogens*). Uno de los mejores estudios para identificar las normas de *jus cogens* en la Declaración Universal es el de Richard B. Lillich, *Civil Rights*, en “Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues”, edited by Theodor Meron, Clarendon Press-Oxford, 1985, p. 115 y ss. Es interesante citarlo, porque este autor no piensa que todas las normas de la Declaración Universal forman parte del *jus cogens*. Sin embargo, en lo que se refiere al art. 11 (2) sostiene que la referencia al derecho internacional fue incluida para “despejar toda duda sobre los procesos de Nuremberg y de Tokio” y “para asegurar que nadie escapará al castigo por crímenes del derecho internacional por el hecho de alegar que el acto era legal conforme al derecho nacional” (op. cit. p. 145). Mónica Pinto ha llamado la atención sobre el reconocimiento del carácter vinculante de la Declaración Universal por parte de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Barcelona Traction, sentencia del 5 de febrero de 1970. Ver Mónica Pinto, “Temas de derechos humanos”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1997, p. 36 y nota 63.

<sup>28</sup> 30 de mayo de 1961, Req. 931/60, citado por Claude Lombois, “Droit pénal international”, Segunda edición, Dalloz, Paris, 1979, nota al párrafo 188 sobre el principio de legalidad.

y político del principio de legalidad en el derecho penal moderno es la tutela de los derechos individuales frente a la arbitrariedad estatal. El valor jurídicamente protegido por esa metagarantía<sup>29</sup> del debido proceso que se expresa como principio de legalidad es entonces la libertad individual del encausado, y la lealtad del proceso penal -que se expresa en la necesidad de conocimiento previo de las conductas que constituyen ilícitos penales. Se trata de proteger al individuo, ese pequeño David, del Goliath que es el Estado.

Ahora bien, de cara a los crímenes de derecho internacional, comprendido el genocidio, la tortura y las desapariciones forzadas de personas, perpetradas en forma sistemática o masiva -conductas de ilegalidad manifiesta que conmueven la conciencia de la humanidad, y que casi siempre se cometen a través de un aparato organizado de poder- una metagarantía del debido proceso legal a su vez está constituida por el derecho a la jurisdicción, a

la seguridad y a la dignidad para las víctimas, la sociedad en su conjunto, e incluso para la sociedad internacional.

Debe buscarse aquí el equilibrio entre el valor del derecho a la justicia para las víctimas de los delitos y el valor de la libertad individual de los acusados. La dignidad humana es protegida aquí frente al poder de quienes generalmente han realizado de manera deliberada y consciente un "ejercicio criminal de la soberanía estatal"<sup>30</sup> en la perpetración de sus crímenes.

En su momento la cuestión del principio de legalidad en el derecho de Nuremberg recibió tres respuestas diferentes. Para unos tanto el Estatuto del Tribunal Militar Internacional como la ley No 10 del Consejo de Control Aliado<sup>31</sup>, respetaban la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Otros afirmaban que la regla había sido desconocida, pero justificaban el apartamiento de la misma. Por último había quienes sostenían que el principio

---

<sup>29</sup> Una metagarantía condiciona el resto de las garantías del debido proceso legal. En tal sentido se ha dicho que la independencia de la magistratura es una metagarantía dentro de las garantías judiciales mínimas reconocidas por el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>30</sup> La expresión fue acuñada por el jurista rumano Eugène Aroneanu, uno de los primeros grandes teóricos del crimen de lesa humanidad después de la segunda guerra mundial. Ver Eugène Aroneanu, "Le crime contre l'humanité", Paris, Librairie Dalloz, 1961.

<sup>31</sup> La ley N° 10 del Consejo de Control Aliado de 20 de diciembre de 1945, que recepta el contenido normativo del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, con algunas modificaciones, debía ser aplicada en Alemania por los tribunales establecidos por cada autoridad de ocupación dentro de su zona. La ley tenía por finalidad suministrar una base jurídica uniforme para los procesos contra los criminales de guerra y delincuentes análogos distintos a los que debían ser juzgados por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que eran aquellos cuyos crímenes no tenían una localización geográfica precisa.

de legalidad había sido violado y que eso viciaba el valor jurídico de los dos textos antes mencionados y de los juicios realizados en consecuencia<sup>32</sup>.

El principio de legalidad supone el conocimiento previo de lo que está prohibido y de la sanción que la conducta prohibida acarrea, como presupuesto de la eficacia preventiva general de la norma penal<sup>33</sup>. El principio de conocimiento previo será, junto al principio de la necesidad de la incriminación y la sanción, el fundamento mismo del derecho penal moderno.

Más de cincuenta años han pasado y los reparos que en su momento se formularon sobre todo respecto de la inclusión de los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en el de Tokio y en la ley N° 10 del Consejo de Control Aliado, no pueden sostenerse hoy de la misma forma. Ha mediado desde entonces el desarrollo progresivo del derecho internacional y esto independientemente de las posiciones de quienes desde el inicio entendieron que el principio de legalidad, tal como se concibe en el derecho de gentes, no se había violado ni siquiera en los orígenes de este

proceso, cuando comenzaron a aplicarse los tres textos antes mencionados.

En lo que se refiere al conocimiento del carácter criminal de los actos reprochados, es clara la acusación del fiscal Robert H. Jackson ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en la audiencia del 21 de noviembre de 1945, al referirse al fundamento jurídico del proceso. Según el famoso Justice Jackson:

“Los acusados tenían (...) pleno conocimiento del carácter criminal de sus actos, y por eso se esforzaron por disimular sus infracciones. Se probará que los acusados Keitel y Jodl fueron informados por consejeros jurídicos oficiales que las órdenes sobre la marca a fuego de los prisioneros soviéticos, el encadenamiento de prisioneros de guerra ingleses y la ejecución de miembros de comandos prisioneros, constituían netas violaciones del Derecho Internacional. No obstante, esas órdenes fueron ejecutadas (...)”.

“El cuarto cargo está basado en los crímenes de lesa humanidad, entre los cuales se incluye sobre todo los asesinatos masivos, a sangre fría, de innumerables seres humanos. ¿Puede sorprender

<sup>32</sup> Sobre el estado de la cuestión inmediatamente después de Nuremberg ver la obra fundamental de Henri Meyrowitz, “La Répression par les Tribunaux Allemands des Crimes contre l’Humanité et de l’Appartenance à une Organisation Criminelle en application de la loi N° 10 du Conseil de Contrôle Allié”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, p. 348 y ss.

<sup>33</sup> Ese conocimiento previo es consubstancial al principio de legalidad en la formulación de Paul Johann Anselm von Feuerbach, realizada en 1801, que como es sabido constituye un precedente doctrinario fundamental en la materia.

a los acusados que el asesinato sea tratado como un crimen?<sup>34</sup>

El fiscal afirmó:

“Puede decirse que ésta es una nueva ley, que no fue promulgada válidamente antes de la comisión de los actos que sanciona, y que esta declaración de la ley los ha tomado por sorpresa. No puedo negar, por supuesto, que estos hombres están sorprendidos de que esto sea la ley; están sorprendidos de que exista una cosa tal como la ley<sup>35</sup>.”

En el derecho penal internacional, contra lo que a veces se afirma, el principio de legalidad existe, pero tiene características peculiares y se ha expresado de una manera que le es propia: *nullum crimen sine iure*, lo que significa que las inculpaciones deben tener una base normativa y no ser arbitrarias, aunque las penas no estén formuladas de manera expresa y específica.

El principio de legalidad en el derecho penal internacional parte de una dis-

tinción fundamental entre la **norma de comportamiento** y la **norma de represión**. La costumbre puede dar nacimiento a la norma de comportamiento: un comportamiento se convertirá en algo prohibido porque la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica.

En esto consiste la particularidad del principio de legalidad en el derecho penal internacional. Dicho principio exige un texto, pero solamente para la norma de comportamiento y como prueba de la existencia de la costumbre. Esto es necesario para definir este comportamiento como criminal y no sólo como ilícito, distinción que la costumbre, no formulada en un texto, no siempre hace aparecer en forma clara. Pero la norma de represión es una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento. Exigir identificar de la misma forma una norma consuetudinaria de represión equivaldría a exigir una costumbre de la transgresión. En este sentido el derecho penal internacional no es retroactivo<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> “Tribunal Militaire International. Nuremberg. Texte Officiel en Langue Française.” Tome II. Débats. 14 novembre 1945 – 30 novembre 1945. Le fondement juridique du Procès. Pág. 153 y ss. Ver en especial pág. 155.

<sup>35</sup> 2 International Military Tribunal 143, 144 citado por M. Cherif Bassiouni en “Crimes Against Humanity in International Criminal Law”, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, p. 117 y nota 60.

<sup>36</sup> Para este aspecto esencial del derecho penal internacional, ver Claude Lombois, op. cit., en particular párrafos 49 y 50. Sobre el carácter no retroactivo del derecho penal internacional tal como se refleja en la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se ha dicho que utilizando la regla “ejusdem generis” se puede mostrar “(...) que las prohibiciones preexistentes bajo la regulación de los conflictos armados eran similares al artículo 6c [de la Carta]. En consecuencia, no hubo violación bajo el derecho penal internacional del “principio de legalidad” *nullum crimen sine iure*. Ver M. Cherif Bassiouni, op. cit., p. 129.

De esta manera el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg consideró que, en materia de crímenes de guerra, los acusados habían violado un conjunto de normas de comportamiento claramente establecidas por el derecho internacional con mucha anterioridad a la sanción del Acuerdo de Londres en 1945 ya que habían sido recogidas por las convenciones internacionales de La Haya (1907) y de Ginebra (1929)<sup>37</sup>.

En el derecho argentino, a más de la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, existen otros instrumentos del derecho internacional que también reenvían expresamente al derecho internacional general para definir el principio de legalidad de las infracciones internacionales.

El Tercer Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, ratificado por la Argentina, establece en su artículo 99:

“Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que

no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto”.

A su vez el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, ratificado por la Argentina, en su artículo 75.4c dispone:

“Nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse”.

Todos los procesos por crímenes de derecho internacional realizados ante tribunales nacionales a partir de 1946 rechazaron el argumento de que se estaban aplicando leyes *ex post facto*. Israel juzgó a Adolf Eichmann en 1960, Francia a Klaus Barbie en 1987 y Canadá procesó a Imre Finta en 1989. En estos y en otros casos, el argumento de la norma retroactiva fue rechazado.

La cuestión fue planteada en relación con la Carta de Nuremberg en el pedido de extradición de Demjanjuk formula-

---

<sup>37</sup> “(...) con respecto a los crímenes de guerra, sin embargo, (...) los crímenes definidos por el Artículo 6, (b) de la Carta [del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg] ya estaban admitidos como crímenes de guerra de derecho internacional. Estaban cubiertos por los Artículos 46, 50, 52 y 56 de la Convención de La Haya de 1907 [el Tribunal está haciendo referencia al Reglamento de Las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo a la Convención] y los Artículos 2, 3, 4, 46 y 51 de la Convención de Ginebra de 1929. Que las violaciones de estas normas constituían crímenes por los cuales los individuos culpables eran sancionables estaba demasiado bien establecido para admitir una discusión”. Ver la cita del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en Edoardo Greppi, “The evolution of individual criminal responsibility under international law”, en “International Review of the Red Cross”, September 1999, Volume 81, N° 835 p. 548 y nota 45

do por Israel a los Estados Unidos. El Tribunal resolvió que la Carta era declarativa del derecho internacional y que no constituía una ley posterior al hecho del proceso<sup>38</sup>.

En lo que se refiere a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, ella dimana del derecho internacional general, como se confirma claramente en el Preámbulo y el articulado de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

En especial debe tenerse en cuenta el Artículo IV de la Convención, según el cual los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes considerados en la Convención “y, en caso de que exista, sea abolida”.

#### **IV. La cuestión de las penalidades específicas en el derecho penal internacional**

La falta de penalidades específicas en

los instrumentos del derecho penal internacional, incluidas las Cartas de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, no viola el principio de legalidad del derecho internacional, ya que las sanciones específicas por las conductas incriminadas están ausentes de la totalidad de los instrumentos del derecho penal internacional hasta la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en julio de 1998 (artículo 77)<sup>39</sup>.

Según M. Cherif Bassiouni, esta “(...) ausencia confirma una regla consuetudinaria de la aplicación del derecho internacional según la cual las penas por analogía son válidas”<sup>40</sup>. En lo que se refiere a las sanciones, una regla constante del derecho penal internacional es remitirse a lo establecido por el derecho penal nacional para infracciones similares. Esto ha sido demostrado por la práctica de los Estados en los juicios por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y actos de piratería.

Un claro ejemplo lo constituye la norma del Estatuto del Tribunal Internacional (para la ex Yugoslavia) según la cual las penas impuestas por el Tribunal se limitarán a las de prisión. Para fijar la duración de la pena, el Tribunal se guía-

<sup>38</sup> Matter of Extradition of Demjanjuk, 612 F. Supp. 544 (D.C.), aff'd 776 F.2d 571 (6<sup>th</sup> Cir. 1985), cert. denied 475 U.S. 1016 (1986), citado por M. Cherif Bassiouni en op. cit., p. 145 nota 131.

<sup>39</sup> Ver más abajo la opinión contraria en la disidencia del Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Enrique Santiago Petracchi *in re* “Priebke, Eric s/ extradición”.

<sup>40</sup> Ninguno de los 315 instrumentos de derecho penal internacional elaborados entre 1815 y 1988 incluye las sanciones respectivas. Ver M. Cherif Bassiouni, op. cit., p. 111.

rá por la práctica general relativa a las sentencias de prisión aplicadas por los tribunales de la ex Yugoslavia (artículo 24 (1) del Estatuto). Una norma similar contiene el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, con referencia a los tribunales de Ruanda (artículo 23 (1) del Estatuto).

En lo que se refiere a los crímenes de lesa humanidad ante jurisdicciones nacionales que aplicaban directamente el derecho internacional, un ejemplo lo proporciona el proceso de Klaus Barbie en Francia. El 4 de julio de 1987 el Tribunal Criminal del Ródano [Cour d'Assises du Rhône] condenó al ex jefe de la Gestapo de Lyon a la reclusión criminal a perpetuidad por diecisiete crímenes contra la humanidad. La única tipificación del crimen de lesa humanidad en Francia en aquel momento se encontraba en el artículo 6c de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

En efecto, en Francia el derecho de Nuremberg es parte del derecho vigen-

te. El Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y su Anexo, que definió la constitución, la jurisdicción y las funciones del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se consideran como un tratado internacional en vigencia vinculante para Francia, que continúa siendo un Estado parte en el mismo<sup>41</sup>. El artículo 27 del Estatuto establecía que "El Tribunal podría pronunciar contra los acusados declarados culpables la pena de muerte o toda otra pena que estimara justa". En el proceso de Barbie se utilizó la Carta de Nuremberg para la calificación jurídico-penal de los hechos y el Código Penal francés, en vigencia al momento del fallo, que había abolido la pena de muerte, para la fijación de la pena privativa de libertad.

## V. El crimen de lesa humanidad en el derecho internacional en vigencia

Hoy tanto el genocidio y los otros crímenes de lesa humanidad, -como las ejecuciones sumarias o extrajudiciales, la tortura y las desapariciones forzadas-,

<sup>41</sup> Claude Lombois, op. cit. párrafo 158 "in fine" y nota correspondiente. La ley francesa sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, del 26 de diciembre de 1964, remite a la definición de esos crímenes que figura en la resolución de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946, la que constata la definición contenida en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg. Según la jurisprudencia francesa los crímenes contra la humanidad constituyen infracciones específicas desde el punto de vista material -crímenes de derecho común cometidos en ciertas circunstancias y por ciertos motivos- y en sentido formal - crímenes definidos por el art. 6 c) de la Carta del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945 (Crim. 6 février 1975, D. 75.386, rap. Chapar, note P. Coste-Floret). El acuerdo interaliado del 8 de agosto de 1945 [Carta del Tribunal] es una convención internacional cuya autoridad se impone todavía actualmente. (Crim., 30 juin 1976, D. 76, I.R. 259).

por un lado y los crímenes de guerra<sup>42</sup> por el otro, constituyen crímenes de derecho de gentes (*crimina juris gentium*) y no sólo crímenes de derecho internacional convencional. En realidad, como en otros campos del derecho internacional, la costumbre precedió -en algunos casos, claramente como en lo referido al

genocidio y la tortura- el texto convencional.

Se ha recordado aquí que el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 -firmado por Francia, el Reino Unido, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética- establece el Tribunal Militar

---

<sup>42</sup> Deben considerarse comprendidas en la categoría de crímenes de guerra tanto las infracciones graves al derecho de Ginebra como las violaciones del derecho de La Haya.

En lo que se refiere al derecho de Ginebra, se incluyen las infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y al Protocolo Adicional I de 1977. Pero actualmente también se comprenden las infracciones graves al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II de 1977, que regulan los conflictos armados internos (ver artículo 4 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el artículo 20 (f) del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad). A este respecto debe considerarse superada la concepción según la cual sólo constituían crímenes de guerra los cometidos en los conflictos armados internacionales.

En lo que se refiere al derecho de La Haya, constituyen crímenes de guerra las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, que coinciden en parte con las declaradas por el derecho de Ginebra (ver artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas relativo al establecimiento de este Tribunal, Documento ONU S/25704 de 3 de mayo de 1993, párrafos 41 y ss.).

La diferencia entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad deriva de que estos últimos pueden cometerse tanto en tiempo de paz, como en el curso de un conflicto armado, sea cual fuere su naturaleza. Por otra parte los crímenes de lesa humanidad comprenden conductas en contra de una víctima que no es necesariamente una persona enemiga, incluidos los actos contra una persona de la misma nacionalidad que el autor de la infracción.

La conexión del crimen de lesa humanidad con la guerra establecida en el artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Londres fue superada en el desarrollo progresivo del derecho internacional posterior al juicio de Nuremberg. Así es como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad en su Artículo I (b) establece el carácter imprescriptible de los crímenes de lesa humanidad "cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz." A su vez el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda establece el carácter autónomo de los crímenes de lesa humanidad (artículo 3). En el mismo sentido legisla el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 7). También ha previsto el carácter autónomo de la infracción el artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. El carácter de infracción de derecho internacional consuetudinario del crimen de lesa humanidad está afirmado abiertamente en el fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadic. (Citado por Edoardo Greppi, op. cit. p. 549).

Internacional de Nuremberg y su Estatuto. Antes de la apertura del proceso de Nuremberg<sup>43</sup>, adhirieron a este Acuerdo diecinueve países<sup>44</sup>. Con posterioridad dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmaron la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad contenida en el Estatuto. Se trata de las resoluciones 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946.

La noción del crimen de lesa humanidad, aunque proveniente como se dijo de una larga evolución histórica, era en el Acuerdo de Londres una sanción penal por la violación de la regla de comportamiento formulada en la famosa cláusula propuesta por el profesor y humanista Fiódor Fiódorovich Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899.

La cláusula luego llamada Martens en efecto apareció por primera vez en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La misma establece lo siguiente:

“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no com-

prendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

La Cláusula Martens se incluye luego en distintas versiones similares en tratados posteriores del derecho internacional humanitario de los conflictos armados. Se la encuentra en el Preámbulo del (IV) Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y también en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados y en sus dos Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977, a lo que se ha hecho referencia anteriormente al señalar su carácter inderogable.

La expresión “crímenes de lesa humanidad” como tal fue utilizada ya el 28 de mayo de 1915 por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, en relación con las masacres de la población armenia en Turquía. Esos tres países describieron los acontecimientos en Turquía como “crímenes contra la humani-

<sup>43</sup> La apertura del proceso de Nuremberg tuvo lugar el 20 de noviembre de 1945. El veredicto se pronunció el 30 de setiembre de 1946. Las condenas recayeron el 1º de Octubre de 1946.

<sup>44</sup> Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Honduras, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Panamá, Paraguay, Países Bajos, Polonia, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

dad y la civilización por los cuales todos los miembros del Gobierno de Turquía serán tenidos por responsables conjuntamente con sus agentes involucrados en las masacres”.

La primera aparición de la figura del crimen de lesa humanidad en un tratado internacional puede encontrarse en el Tratado de Sèvres (10 de agosto de 1920, celebrado entre Turquía y los aliados) cuyo artículo 230 obligaba al gobierno turco a entregar a los aliados, para su

juzgamiento, a los responsables de las masacres cometidas desde el comienzo de las hostilidades, en el territorio turco, incluso contra los súbditos de nacionalidad turca. Ese tratado nunca fue ratificado.

A su vez, como ya se ha dicho, la primera tipificación del crimen de lesa humanidad en un instrumento del derecho penal internacional en vigor fue la realizada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Estatuto del Tribunal Militar Internacional.

II.- Jurisdicción y principios generales

*Artículo 6.*

El Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el artículo primero para el juzgamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra de los países europeos del Eje será competente para juzgar y castigar a todas las personas que, actuando por cuenta de los países europeos del Eje, hayan cometido, individualmente o a título de miembros de organizaciones, uno cualquiera de los crímenes siguientes :

Los actos siguientes, o uno cualquiera de ellos, son crímenes sometidos a la jurisdicción del Tribunal e irrogan una responsabilidad individual:

- a) los crímenes contra la paz: es decir la dirección, la preparación, el desencadenamiento o la prosecución de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de los tratados, garantías o acuerdos internacionales, o la participación en un plan concertado o complot para la realización de cualesquiera de los actos precedentes;
- b) los crímenes de guerra: es decir las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Estas violaciones comprenden, sin estar limitadas a ello, el asesinato, los malos tratos o las deportaciones para los trabajos forzados o por cualquier otro motivo, de poblaciones civiles en los territorios ocupados, el asesinato o los malos tratos de los prisioneros de guerra o de las personas en el mar, la ejecución de los rehenes, el pillaje de bienes públicos o privados, la destrucción sin motivo de las ciudades y poblaciones o la devastación no justificada por las exigencias militares;
- c) los crímenes contra la humanidad: es decir el asesinato, el exterminio, la reducción a esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra toda población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, hayan constituido o no una violación del derecho interno del país donde fueron perpetradas, han sido cometidas como consecuencia de cualquier crimen que entre en la competencia del tribunal, o en relación con el mismo.

Los dirigentes, organizadores, provocadores o cómplices que han tomado parte en la elaboración o en la ejecución de un plan concertado o de un complot para cometer cualesquiera de los crímenes antes definidos son responsables de todos los actos cometidos por todas las personas en ejecución de ese plan.

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por consenso la Resolución 95 (I), antes mencionada, en la cual “reafirma” los “principios de derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg y por la Sentencia de ese Tribunal” y ordena la formulación de esos principios para su posterior codificación “en el contexto de una codificación general de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un Código Penal Internacional”.

¿Cuál es la fuerza obligatoria de esos instrumentos para un país que sin ser uno de los cuatro Estados Partes originarios en el Acuerdo de Londres, firmó posteriormente esos instrumentos o aceptó como Estado Miembro de las Naciones Unidas -el caso de Argentina- la precitada Resolución adoptada por consenso? En una obra de la doctrina más autorizada, el Tratado de Derecho Internacional de L. Oppenheim, se responde de la siguiente forma a ese interrogante<sup>46</sup>:

“Desde el punto de vista del derecho internacional convencional, no es fácil definir la naturaleza exacta de la fuerza obligatoria de la Carta del Tribunal Militar Internacional para los Estados que la firmaron, sin aceptar formalmente las obligaciones recíprocas que surgen

de ella, sobre los que han adherido y sobre los que han tomado parte en su adopción por la Asamblea General. Sin embargo, el derecho internacional no encuentra su fuente tan sólo en los tratados. En la medida en que los instrumentos precedentemente citados expresan los puntos de vista de los Estados concernidos por la aplicabilidad de los principios del derecho internacional -aplicable de una manera general y no sólo sobre los enemigos vencidos- estos principios pueden ser razonablemente considerados como la prueba de la existencia del derecho internacional y de su fuerza obligatoria para esos Estados.(...)”.

Uno de los documentos internacionales que más claramente permiten sustentar las afirmaciones del párrafo anterior es el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad sobre el establecimiento de un tribunal internacional para el procesamiento de las personas responsables de serias violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991<sup>47</sup>.

Como constata dicho informe:

“34. En opinión del Secretario General, la aplicación del principio nullum

<sup>46</sup> Ver L. Oppenheim, M.A., LL.D. “International Law. A Treatise.” Seventh Edition. Editado por H. Lauterpacht, LL.D. Longmans, Green and Co. London/New York/Toronto. Vol. II Disputes, War and Neutrality, par. 257.

<sup>47</sup> Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) Documento ONU S/257043 May 1993.

crimen sine lege requiere que el tribunal internacional debe aplicar reglas del derecho internacional humanitario que son más allá de toda duda parte del derecho consuetudinario de modo tal que la adhesión de algunos pero no todos los Estados [de la ex Yugoslavia] a convenciones específicas, no se plantee. Esto parecería ser particularmente importante en el contexto de un tribunal internacional que procese a personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario.

“35. La parte del derecho internacional humanitario convencional que sin duda ha llegado a ser parte del derecho internacional consuetudinario es la ley aplicable en los conflictos armados tal como ha sido incorporada en: los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra; la Convención de La Haya (IV) respecto de las Leyes y Costumbres de la Guerra terrestre y sus Reglamentos anexos del 18 de octubre de 1907; la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio del 9 de diciembre de 1948 y la Carta del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945”.

Si bien este texto hace referencia a “la ley aplicable en los conflictos armados” es preciso recordar que el genocidio es un crimen de derecho internacional “ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra”(art. I de la Con-

vención respectiva) y la vinculación del crimen de lesa humanidad a la guerra ha sido superada después de la segunda guerra mundial, como se ha mostrado anteriormente.

Una clara indicación de los bienes jurídicos protegidos por la represión del crimen de lesa humanidad ha sido dada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en su decisión del caso *Endemovic*:

“Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”<sup>48</sup>.

La calificación jurídica de crímenes de lesa humanidad no es ajena al derecho internacional americano. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que goza de jerarquía constitucional en la Argentina, reafirma

<sup>48</sup> Decisión de 29 de noviembre de 1996, UD Doc. IT-96-22-T. Citado por Edoardo Greppi, en op. cit., p. 545 y nota 35.

que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad (párrafo VI del Preámbulo) y reconoce varias de las consecuencias de esta calificación jurídica, entre ellas la jurisdicción universal (Artículo IV) y el carácter imprescriptible de la infracción (Artículo VII).

## VI. La jurisprudencia argentina reciente en la materia

Parece claro que los crímenes de derecho internacional cometidos fuera del territorio argentino pueden ser juzgados dentro del mismo en virtud del artículo 118 de la Constitución Nacional<sup>49</sup>. Sin embargo esta norma y otras concordantes de la Constitución tienen implicancias que van más allá de su aplicación a los crímenes cometidos fuera del territorio argentino.

La cuestión de la aplicación del derecho penal internacional en nuestro país fue planteada en 1989 con motivo de un pedido de extradición de un criminal nazi por delitos de lesa humanidad, en un fallo de la Cámara Federal de Apela-

ciones de La Plata, en que fue definitivo el extenso y fundamentado voto del camarista Leopoldo H. Schiffrin. Este voto abrió el camino de una jurisprudencia realmente avanzada en la materia<sup>50</sup>.

Recordemos aquí solamente que en esta oportunidad el mencionado juez de cámara se refirió extensamente a la aceptación argentina de los instrumentos fundacionales del derecho penal internacional. A este respecto tiene un interés especial la referencia jurisprudencial al derecho internacional general o consuetudinario que, como muestra Schiffrin, data de muchas décadas atrás.

En efecto, el fallo recuerda que según el juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Tomás D. Casares, el "informado derecho de gentes" al que se refieren los arts. 102 [antes de la reforma de 1994, hoy art. 118], 1 y 21 de la ley 48, es un derecho "(...) de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados" (ver voto del Dr. Casares in re "S.A.Merk Química Argentina c. Nación Argentina", junio 9-1948; Fallos, 211-162, 218/219)<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Constitución Nacional. Art. 118.- Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

<sup>50</sup> Extradición; Prescripción; ley aplicable. Vigencia de la ley 1612; ciudadano naturalizado; opción de juzgamiento ante tribunales argentinos. 41.979 - Cfed. La Plata, sala III penal, agosto 30-1989 - S., J.F.L. El Derecho (t. 135) p. 326 y ss.

<sup>51</sup> Ver op.cit. en nota anterior, p. 335.

Más adelante, en su voto, el doctor Schiffrin considera que: "Pese a la lamentable ausencia de ratificación por parte de la Argentina, la Convención aludida [se refiere a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad] es dato inocultable de la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, como principio del derecho de gentes, al que, como expresara Tomás D. Casares (apart. 22), la Nación se halla subordinada de conformidad con el art. 102 de la Ley Fundamental"<sup>52</sup>.

Sin embargo, Germán Bidart Campos, comentando ese fallo y en particular el voto del doctor Schiffrin, ha sostenido que el "derecho de gentes" puede invocarse para conceder una extradición en virtud de una ley extranjera retroactiva que declara la imprescriptibilidad de crímenes bajo el derecho internacional, pero que "(...) en Argentina no podría condenarse sin ley penal previa, ni siquiera cuando en su territorio se hubiera cometido un delito contra el derecho de

gentes (esto por ahora); (y habría que ver si también hace falta ley previa cuando ese delito se cometió fuera de nuestro país pero se juzga en él; en nuestro Tomo III del "Tratado..."<sup>53</sup> citado antes, acogemos -también por ahora- la tesis que aun para este último supuesto se exige el *numllum crimen...*)<sup>54</sup>".

Digamos desde ya que la cuestión puede analizarse desde otro ángulo que el adoptado por Bidart Campos si se admite que la represión de ciertas infracciones del derecho penal internacional, como el genocidio<sup>55</sup> y la tortura, forman hoy parte integrante de las normas imperativas del derecho internacional general o consuetudinario (*jus cogens*).

Esta parece ser la lectura de la cuestión según el voto de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Antonio Boggiano y Guillermo A.F.Lopez *in re* Priebke, Eric s/ Extradición (causa N° 16.063/94) cuando afirman "que la calificación de delitos contra la humanidad no depende de la vo-

<sup>52</sup> Ver op. cit. en nota 50, p. 341.

<sup>53</sup> El autor hace referencia a su obra titulada "Tratado elemental de derecho constitucional argentino (Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución)", Ediar, Buenos Aires, 1989.

<sup>54</sup> La Extradición de un Criminal Nazi por Delitos contra la Humanidad" por German J. Bidart Campos, en EL DERECHO, (t. 135)p. 327 párr. 11.

<sup>55</sup> En la famosa opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción el Delito de Genocidio, el más alto tribunal internacional entendió que las normas de la Convención codifican reglas del derecho internacional general y obligan a los Estados "más allá de todo vínculo convencional". Ver "Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide". Avis consultatif du 28 mai 1951 en Pierre Michel Eisemann, Vincent Coussirat-Coustere, Paul Hurm, "Petit Manuel de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice", A. Pedone, Paris, 1984, p. 235.

luntad de los Estados requerientes o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *jus cogens* del Derecho Internacional”.

El voto del Presidente de la Corte Julio S. Nazareno y del Vicepresidente Eduardo Moliné O'Connor considera que la aplicación del Derecho de Gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico argentino (art. 118 de la Constitución Nacional) y que las conductas reprochadas a Eric Priebke constituyen "... delitos sancionados por el Derecho Internacional general(...)" (considerando 28). Esta calificación se reitera en el voto más adelante, cuando se dice que la calificación de delitos contra la humanidad integrados con elementos de genocidio "(...) responde a los principios del *jus cogens* del Derecho Internacional (...)" (considerando 57).

Pero es en el considerando 51 de este voto donde se encuentra el mayor desarrollo en esta dirección: "(...) entre las series de normas fundamentales que conciernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional se encuentra la prohibición de genocidio, el principio de no discriminación racial y los crímenes de lesa humanidad (...). Estas reglas establecidas consuetudinariamente no pueden ser dejadas de lado por tratados ni derogadas sino por la formación de una norma posterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter. El concepto de *jus cogens* fue aceptado por la Comisión de

Derecho Internacional, e incorporado a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969 (art. 53) - ratificada por ley 19.865- (...)".

El voto del Ministro de la Corte Gustavo A. Bossert vuelve sobre la regulación de los crímenes de derecho internacional general en lo que se refiere a la prescripción al afirmar (considerando 49) que "(...) debe recurrirse para resolver el punto a la costumbre internacional y a los principios generales del Derecho Internacional, que forman parte del derecho interno argentino (N. 70.XXIII, "Nadel", antes citado)".

Contrastan con los votos de la mayoría de la Corte las disidencias de los Ministros Augusto César Belluscio y Ricardo Levene (h.). Estos dos jueces entienden que debe prevalecer el principio de no retroactividad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional el que no puede dejarse de lado "(...) mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo (...)". Y agregan que el desconocimiento del principio *nulla poena sine lege* equivaldría a "(...) marchar a contramano de la civilización (...)"(Considerando 8).

A su vez la disidencia del Ministro Enrique Santiago Petracchi gira en torno al argumento según el cual los "crímenes de guerra" o, en su caso, "de lesa humanidad" no tienen su fuente "en el derecho penal ordinario", sino en los

“usos y costumbres internacionales y ciertos instrumentos (tratados, convenciones, declaraciones) producidos en dicho ámbito” (considerando 4).

Piensa este juez que para resolver el caso “(...) hay que preguntarse si un juez argentino podría hipotéticamente, con independencia de lo dispuesto en el art. 80 del Código Penal, condenar a Priebke con base en normas, por ejemplo, como (el nombrado) art. 50 de la Convención de (La Haya) de 1899 u otras disposiciones análogas citadas en el voto mayoritario y que también reprimen el “crimen de guerra”. Si la respuesta es positiva, la conducta será -conforme los términos de las convenciones suscritas con Italia- sujeta a pena y su autor, por lo tanto, pasible de extradición. En caso contrario, esta última no será posible. (Considerando 5).

Para concluir que: “(...) empero, la respuesta negativa se impone, por el simple hecho de que las conductas descritas como “crimen de guerra”-o, para el caso, “delitos de lesa humanidad”- por el “Derecho de Gentes”, hasta hoy no tienen prevista pena. El juez argentino del ejemplo no podría condenar pues el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución nacional “exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar”(Fallos: 311 - 2453, entre muchos otros).

“Tampoco se podría llenar el vacío de la ausencia de pena con una remisión a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta -cuya acción, cabe recordarlo, se encuentra prescripta- con un tipo de “Derecho de Gentes”. En dicho supuesto se estaría inventando una tercera categoría de delito -por así llamarla “mixta”- lo que, obviamente, no está dentro de las facultades de los jueces de la República”.

“En suma: que para el derecho argentino puede y debe sostenerse que conductas configurativas de “crímenes de guerra”(y también los de “lesa humanidad”) son contrarias a derecho, pero no son autónomamente punibles”. (considerando 6)

Un argumento similar había sido sostenido por Pablo A. Ramella. Según ese autor en el derecho de Nuremberg y de Tokio el principio “*nullum crimen sine lege*” “(...) se cumplió ampliamente. No así el otro de “*nulla poena sine lege*”, pues ni las guerras de agresión ni la violación de las reglas de la guerra tenían establecido penas concretas a ser aplicadas a sus infractores”<sup>56</sup>.

En fecha más reciente, el juez federal Roberto José Marquevich, al dictar el 13 de julio de 1998 la prisión preventiva de Jorge Rafael Videla -luego confirmada por la Cámara Criminal y Correccional Federal- en la causa sobre presunta infracción a los arts. 146, 293 y 139 inc.

<sup>56</sup> Pablo A. Ramella, “Crímenes contra la Humanidad”, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 19.

2do. del Código Penal, avanzó en la calificación jurídica de las graves infracciones reprochadas al ex dictador.

En efecto, dicho magistrado, analizó el encuadre legal propuesto respecto a Jorge Rafael Videla como autor mediato penalmente responsable de los delitos de sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años en cinco oportunidades, en concurso real con otros delitos. Según el juez federal interviniente "(...) la tipificación apuntada que de los hechos endilgados al inculminado antes citado se ha hecho en figuras de nuestro ordenamiento penal, no implica el desplazamiento de la concurrencia respecto de aquellos del concepto de crímenes contra la humanidad (especialmente los reconocidos por las convenciones a que alude el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (...))"<sup>57</sup>.

Considera dicho magistrado, al tratar lo que en definitiva constituyen casos de "desaparición forzada" de niños, que se está ante infracciones penales imprescriptibles reprimidas por el derecho de gentes<sup>58</sup>. Y estima que "(...) la gravedad de estos ilícitos fue tenida en cuenta por el Parlamento Nacional, dado que excluyó expresamente de los textos definitivos de las llamadas leyes de "Punto final" (artículo 5to. de la ley 23.492) y de

"Obediencia Debida" (artículo 2do. de la ley 23.521) a los delitos de sustracción y ocultación de menores cometidos en ocasión de la lucha antisubversiva (...)"<sup>59</sup>.

Pero ese magistrado llega aún más lejos al afirmar que como miembro de la comunidad internacional, para nuestro país son vinculantes a la vez los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) y el Derecho de Gentes (artículo 118 de la Constitución Nacional). Este ordenamiento "(...) se vulneraría si se limitase a subsumir los hechos como infracción a los artículos 139 inciso 2do., 146 y 293 1er. y 2do. Párrafo del Código Penal (principio extraído del fallo de la Corte Suprema "Priebke, Erich", ya citado)"<sup>60</sup>.

Ahora bien sobre la fuerza vinculante en la Argentina, no sólo del derecho internacional convencional, sino también del derecho internacional general o consuetudinario ha sido claro el juez Marquevich, quien ha citado extensamente el voto del doctor Leopoldo Schiffrin del 30 de agosto de 1989 en el proceso por la extradición de Josef Franz Leo Schwammberger. A este respecto afirma que la aplicación tanto de los tratados internacionales como del Derecho de Gentes sería inexcusable para el juz-

<sup>57</sup> Ver auto de prisión preventiva de Jorge Rafael Videla del 13 de julio de 1998, fs. 2882 vta.

<sup>58</sup> Ver resolución citada en la nota anterior, fs. 2878.

<sup>59</sup> Op.cit.loc.cit. en nota anterior.

<sup>60</sup> Op.cit. en nota 57 fs. 2911.

gador en función de lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 48<sup>61</sup>.

El auto en cuestión traspone ese “*non plus ultra*” que, al menos provisoriamente, había opuesto Germán Bidart Campos a la aplicación del derecho penal internacional, y que habilitaría al juez nacional a conceder una extradición conforme al derecho de gentes, pero no a juzgar el fondo de un asunto de acuerdo a sus principios.

Por su parte la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital en su resolución del 9 de septiembre de 1999 sobre la apelación de la prisión preventiva de Jorge Rafael Videla, recuerda que las desapariciones forzadas de personas constituyen delitos contra la humanidad, como tales imprescriptibles, cualquiera sea la fecha de su comisión. Y sostiene que esa característica se impone por sobre las normas internas que puedan tener disposiciones contrarias, independientemente de la fecha de su comisión<sup>62</sup>.

La Cámara Federal cita, entre otras normas, el art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que, reunidas determinadas condiciones, califica las desapariciones forzadas como

crimen de lesa humanidad, y en el mismo sentido menciona el artículo 18 del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. En materia de imprescriptibilidad de estas infracciones menciona el artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La Cámara reconoce no compartir la limitativa doctrina de German Bidart Campos antes mencionada y afirma que a juicio del tribunal “(...) no cabe hacer distinciones como las que propone el prestigioso doctrinario Germán Bidart Campos, según que el crimen contra la humanidad haya sido cometido fuera o dentro de las fronteras del país”.

Afirma el tribunal que:

“(...) no parece razonable efectuar esa distinción, que como hemos visto importaría tanto como desconocer normas del orden jurídico internacional que priman por sobre las normas internas, sin que pueda afirmarse que el orden público argentino se halle comprometido por la persecución de estos crímenes aun cuando ello implique asignar al principio de legalidad un alcance distinto que

<sup>61</sup> Según el art. 21 de la ley 48: “Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido”.

<sup>62</sup> Ver Exp. 30312, Videla Jorge Rafael s/ prisión preventiva. 9 de septiembre de 1999.

el que tradicionalmente se le ha otorgado por los tribunales internos y por el gobierno argentino, cuyas reservas en la materia en nada pueden modificar la normativa internacional y el peso de las obligaciones emergentes de las restantes fuentes normativas internacionales.

“De otro lado y en virtud de la expresa recepción constitucional del derecho de gentes resultaría inadmisibles que una de sus disposiciones pueda reputarse como contraria al orden público interno.

“Debe repararse que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos circunscriben esta garantía a cuestiones relativas al tipo y a la pena pero no a otros aspectos penales (conf. Bidart Campos, G., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Bs. Aires, 1989, p. 222 y sig; La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad, E.D., t. 135, p. 323).

“Asimismo, no debe soslayarse que el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sienta expresamente que “nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

“No se advierte, por otra parte, afectación alguna a la supremacía constitucional, a la luz de su propia normatividad que acoge expresamente el derecho de gentes, y en consecuencia todas sus implicancias, entre las que se halla la asunción del *jus cogens* como un derecho imperativo vinculante con efecto erga omnes, que sólo puede ser modificado por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, y al que no le es oponible el derecho interno de los Estados, ni siquiera de naturaleza constitucional (conf. Zuppi, A.L., El Derecho Imperativo (*Jus Cogens*) en el nuevo orden internacional, E.D., t. 147, p. 863, con cita de los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y de fallos de la Corte Permanente de Justicia en el mismo sentido).

“No resultaría coherente, por otro lado, el mandato constitucional del artículo 118 en el sentido de establecer una suerte de jurisdicción universal para el juzgamiento de estos delitos contra el derecho de gentes y la plena facultad de los tribunales argentinos para efectuar tales procesos, si se admitiera a la vez la aplicación a cada caso de una suerte de derecho deconstruido que implicara recortes o excepciones a la normatividad que sería aplicable en el ámbito internacional”<sup>63</sup>.

Sobre esta cuestión ya había vuelto

<sup>63</sup> Similar resolución pronunció la Cámara Federal el 9 de septiembre de 1999 in re Massera s/ excepciones. Expediente 30514.

Una precisa aplicación de los principios del derecho penal internacional en nuestro derecho

con anterioridad Leopoldo Schiffrin en un artículo titulado "La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino"<sup>64</sup>. En dicha oportunidad Schiffrin mostraba que la visión de Bidart Campos, según la cual el juez argentino podía conceder la extradición pero no juzgar un delito contra la humanidad, prescripto según la legislación interna, era insatisfactoria, porque podía conducir a aporías insuperables. Y conjeturaba que "(...) si Schwammberger, pongamos por caso, hubiese nacido en Argentina, con padres austríacos -como lo eran, efectivamente, sus progenitores- y hubiese retornado a Austria para seguir su horrible camino, entonces no hubiese podido ser entregado a Alemania y tampoco juzgado por los tribunales argentinos".

## VII. Conclusión: *aut dedere aut judicare*

Las conclusiones de este desarrollo apuntan en una doble dirección. Por un lado, como cuestión de política legislativa, el Congreso de la Nación aún no ha legislado para armonizar nuestro derecho interno con los tratados internacionales ratificados por nuestro país que establecen la obligación específica de incriminar las infracciones de derecho penal internacional constitutivas de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

Esto es importante, aunque la tesis de este artículo coincide con quienes sostienen que las normas penales del derecho de gentes son directamente aplicables en el plano interno, sin las limita-

---

interno puede constatare también en autos "ARANCIBIA CLAVEL, Enrique Lautaro y otros s/ asociación ilícita, intimidación pública, daño y homicidio agravado", que tramitan ante la Secretaría N° 2 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 a cargo de la jueza María Romilda Servini de Cubría. En dicho expediente se investiga el asesinato el 30 de septiembre de 1974 en Buenos Aires del general y ex Comandante en Jefe del Ejército de Chile Dn. Carlos Santiago Prats González y de su esposa, Da. Sofía Cuthbert de Prats González.

A su vez la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal hizo amplias referencias al derecho penal internacional en su resolución de 4 de mayo de 2000 en la causa N° 16.071 caratulada "Astiz, Alfredo s/ nulidad" que tramita ante el Juzgado Federal N° 12, Secretaría N° 24. Es extremadamente interesante en este caso el criterio aplicado por el tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto por el querellante con el patrocinio letrado de los doctores Eduardo S. Barcesat y María L. Jaume. En efecto, sostiene la Cámara que "(...) en la denuncia por delitos contra la propiedad que realiza el presentante, subyace la desaparición forzada de su padre. Y en este contexto, sólo el examen prevalente de la normativa internacional puede dar una respuesta justa a este tipo de situaciones. Al respecto, debe señalarse que hechos de la naturaleza de los denunciados constituyen delitos contra la humanidad, y como tales imprescriptibles".

<sup>64</sup> Leopoldo Schiffrin, La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino en "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Compiladores: Martín Abregú y Christian Courtis. CELS, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1997, p. 117.

ciones de la reserva expresada por el gobierno argentino al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo que se refiere a la formulación del principio de legalidad.

La importancia de la cuestión radica sin embargo en que la legislación es una obligación asumida internacionalmente por el Estado al ratificar esos tratados, obligación que aún permanece incumplida. Pero la cuestión también es significativa porque contribuiría a clarificar problemas que aún aparecen para algunos como opinables, tal como se ha mostrado en esta rápida revisión de la jurisprudencia y la doctrina argentina recientes.

Recordemos solamente a este respecto la obligación de legislar en materia penal establecida por el Artículo V de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esta obligación también aparece claramente en el artículo 49 del Primer Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, el artículo 50 del Segundo Convenio, el artículo 129 del Tercer Convenio y el artículo 146 del Cuarto. Esos artículos se refieren a la obligación de incriminar en el derecho interno las infracciones graves previstas en cada uno de los cuatro Con-

venios. A su vez el artículo 84 del Protocolo Adicional I de 1977 prevé la sanción de leyes para garantizar la aplicación del Protocolo. Todas esas obligaciones de legislar permanecen incumplidas hasta hoy por parte del Estado argentino.

En lo que se refiere en particular a la represión nacional de las violaciones al derecho internacional humanitario de los conflictos armados, existen distintos sistemas para establecer una legislación que la garantice con el respeto debido a la sistemática del derecho internacional en vigencia. Lo importante es cumplir con el mandato de los Convenios.

Lo preocupante es que esta cuestión aún no haya sido abordada en nuestro país, al igual que la incriminación de las desapariciones forzadas de personas como delito autónomo calificado de crimen de lesa humanidad, de conformidad con la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992 y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ratificada por nuestro país y dotada de jerarquía constitucional<sup>65</sup>.

<sup>65</sup> Entre las referencias en el derecho comparado puede citarse la represión de los delitos contra el derecho de gentes sancionada por el Código Penal español, en la que se basan los requerimientos del juez Baltasar Garzón Real.

También el Código Penal francés actualmente en vigencia reprime los crímenes contra la humanidad. El artículo 211-1 tipifica el genocidio e incluye entre los grupos protegidos a los mencionados en la Convención de las Naciones Unidas. Pero agrega a aquellos "determinados a partir de todo otro criterio arbitrario". El artículo 212-1 reprime otros crímenes contra la

Tampoco ha sido ratificada aún la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de

Lesas Humanidad, entre otras convenciones internacionales relevantes en esta materia y aún pendientes de ratificación.

humanidad: la deportación, la reducción a esclavitud o la práctica masiva y sistemática de ejecuciones sumarias, de secuestro de personas seguido de su desaparición, de la tortura u otros actos inhumanos inspirados por motivos políticos, filosóficos, raciales o religiosos y organizados en ejecución de un plan concertado contra un grupo de la población civil. El artículo 212-2 es una consecuencia de la jurisprudencia de la Corte de Casación in re Klaus Barbie. En esa oportunidad la Corte de Casación consideró que los crímenes contra la humanidad podían cometerse también contra los combatientes de la Resistencia. La cuestión era decisiva, porque los crímenes de guerra atribuibles a las autoridades nazis de ocupación se encontraban prescritos a la fecha del último proceso de Klaus Barbie y sólo los crímenes contra la humanidad habían sido declarados imprescriptibles por la ley de 1964. La creación pretoriana de la Corte de Casación pasó al artículo 212-2 del Código Penal actual que reprime como crímenes contra la humanidad los actos considerados en el artículo 212-1 antes citado, cometidos en tiempos de guerra, en ejecución de un plan concertado contra los que combaten el sistema ideológico en nombre del cual son perpetrados crímenes contra la humanidad. El artículo 212-3 reprime la asociación ilícita para la comisión de todos los crímenes antes mencionados.

El artículo 7 (3.71) del Código Penal canadiense es restrictivo en cuanto sólo reprime los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad cometidos en el exterior. Sin embargo tanto la definición del crimen contra la humanidad como la del crimen de guerra (artículo 7 (3.76)) incluyen las transgresiones al derecho internacional consuetudinario y no sólo convencional. En lo referido a los crímenes contra la humanidad, la definición incluye además las conductas que fueran criminales conforme a los principios generales del derecho reconocidos por el conjunto de las naciones.

El autor del Proyecto de Código Penal de Etiopía adoptado en 1957 y actualmente en vigencia, fue el conocido penalista suizo Jean Graven, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, y Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Graven elaboró el proyecto a pedido del entonces emperador de Etiopía Haile Selassie I. El Código Penal de Etiopía incorpora ampliamente las infracciones contra el derecho de gentes a partir del artículo 281 (genocidio, crímenes contra la humanidad). La definición del genocidio incluye a los grupos políticos entre los grupos protegidos, como lo hacía la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Genocidio. A su vez debe entenderse que la represión de los crímenes de guerra incluye en su ámbito material de aplicación, las infracciones cometidas en el curso de conflictos armados internos y no sólo internacionales. Actualmente esas normas del Código Penal están siendo invocadas por el Ministerio Público en procesos penales por genocidio y otras infracciones seguidos a numerosos miembros del régimen anterior del ex dictador Mengistu Haile Mariam.

En el juicio de responsabilidad seguido por el Ministerio Público y coadyuvantes contra el ex dictador Luis García Meza Tejada y sus colaboradores, (Bolivia, 21 de abril de 1993) la Corte Suprema de Justicia de ese país sentó un precedente histórico en la lucha contra la impunidad en el Cono Sur, precedente aún insuficientemente conocido entre nosotros. Una de las acusaciones incluyó el cargo de genocidio (Grupo N° 3, Genocidio en la calle "Harrington"). Si bien se citó la Convención de las Naciones Unidas, se aplicó el Código Penal boliviano (artículo 138) que lo sanciona con la pena de 20 años de presidio. Se condenó como culpables de genocidio, entre otros, al ex dictador García Meza y a su Ministro del Interior, Migración y Justicia, Luis Arce Gómez. La definición del genocidio en el Código Penal boliviano puede considerarse muy insuficiente, desde el punto de vista técnico-jurídico.

Por otra parte la Argentina debería jugar un papel particularmente activo en la adopción del Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, actualmente en la Comisión de Derechos Humanos de la organización internacional. El Proyecto considera que la práctica sistemática o masiva de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad (Artículo 3 (1)).

Una jurisprudencia argentina coherente con los principios antes reseñados y que en gran parte han sido receptados por nuestros tribunales en la última década, debería responder a la demanda efectuada por el juez Baltasar Garzón Real (ver nota 10), en función del principio *aut dedere aut judicare*. Vale decir, ante los requerimientos formulados por tribunales extranjeros contra nacionales de los que existen razones fundadas de pensar que han cometido crímenes de derecho internacional, los tribunales argentinos deberían seguir la conducta señalada en la máxima antes citada.

La expresión *aut dedere aut judicare* es utilizada comúnmente para referirse a la obligación alternativa de extraditar o procesar, contenida en tratados multilaterales tendientes a reprimir ya sea infracciones de derecho internacional o de interés internacional (ver nota 1).

Un ejemplo de esta obligación se encuentra en el artículo 7 de la Conven-

ción de La Haya de 1970 sobre la Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves. La fórmula usada en el artículo 7 de la Convención de La Haya estipula que el Estado en que se encuentre el supuesto autor de la infracción tiene el deber de extraditarlo al Estado que tenga jurisdicción en el caso (por ejemplo el Estado de registro de la aeronave) o alternatively, si no lo extradita, aquel Estado debe someter el caso a las autoridades competentes para el procesamiento del sospechoso. Se dice en derecho penal internacional que los tratados que incorporan esta fórmula han adoptado el principio *aut dedere aut judicare*.

Tal es el caso de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas (artículo 7) y también la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 14).

Sobre el estatuto del principio *aut dedere aut judicare* en el "derecho de gentes" se ha afirmado que éste dimana del interés de todos los Estados de procesar a los presuntos autores de infracciones de derecho internacional o de interés internacional. Es un deber de la comunidad internacional en su conjunto entendida como una "*civitas maxima*" según la expresión de Hugo Grocio, citada por Bassiouni.

En este sentido el argumento tiene formas más amplias y más restringidas, de acuerdo a las infracciones que abarca.

Parece más fácil encontrar un consenso para afirmar que el principio se aplica a las más graves violaciones de los derechos humanos fundamentales, cometidas en forma sistemática o masiva, que pueden ser calificadas de crímenes de lesa humanidad y en ciertos casos incluso de genocidio.

En este sentido se ha sostenido que:

“El principio es más que una norma ordinaria de derecho internacional. Es una condición para la represión efectiva de infracciones universalmente condenadas. En gran parte, las reglas que prohíben esas infracciones constituyen normas de “*jus cogens*”: son normas de la mayor importancia para el orden público mundial y no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un tratado posterior. Los Estados, por ejemplo, no pueden mediante un tratado, permitir la piratería contra los barcos mercantes de otro Estado, o conducir la guerra por métodos que violen las leyes de la guerra, como la regla del cuartel. No pueden válidamente acordar que permitirán el genocidio u otros crímenes de lesa humanidad. Por ello, en la medida en que constituye una regla del derecho inter-

nacional general, el principio *aut dedere aut judicare* es también, entonces, un principio de *jus cogens*”<sup>66</sup>.

Por cierto que el juzgamiento de los individuos requeridos por el Juez Garzón Real por crímenes cometidos en la Argentina debería en principio realizarse en nuestro país, conforme al principio según el cual “Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de (...) crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas (...) por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes” (Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad)<sup>67</sup>.

Ello requeriría naturalmente considerar nulas de nulidad absoluta, como si nunca hubieran existido, y no sólo derogadas, las leyes llamadas de Punto Final y de Obediencia Debida y considerar igualmente irrelevantes frente al derecho internacional consuetudinario tanto los indultos como las prescripciones que pudieran oponerse a la acción penal o a la pena<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> M. Cherif Bassiouni y Edward M. Wise, “Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law.” Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1995, p. 24.

<sup>67</sup> Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1973.

<sup>68</sup> Ver Proyectos de Ley . I- Derogación y Nulidad de las denominadas leyes de “Punto final” (ley 23.492) y de “Obediencia Debida” (ley 23.521). Diana B. Conti – Juan Pablo Cafiero – Alfredo Bravo – Jorge Rivas – Alfredo Villalba – Adriana Puiggrós. II – Restablecimiento de la Vigencia de los Derechos Fundamentales del Hombre. Oraldo N. Britos. – Bernardo P. Quinzio.

Buena parte de lo que se ha dicho en este trabajo y en sus referencias jurisprudenciales y doctrinarias respaldan una decisión de ese tipo.

En caso de que no se juzgara aquí a dichos individuos, correspondería acce-

der, en función del principio *aut dedere aut judicare*, a los requerimientos del tribunal español que está ejerciendo la jurisdicción universal en casos calificados de crímenes contra el derecho de gentes de acuerdo al Código Penal español.

---

Marcelo Ferreira, Algunos Argumentos en Pro de la Nulidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Opinión del Dr. Leopoldo Schiffrin. Eduardo Barcesat, ¿Son válidas estas leyes?. Rodolfo Mattarollo, Impunidad y Derecho Internacional. En "Algunos Fundamentos de la Nulidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida". Asociación de Ex Detenidos Desaparecidos / Liga Argentina por los Derechos del Hombre, Buenos Aires, sin fecha.



# Augusto Pinochet Ugarte ante la justicia chilena

*Alejandro Artucio\**

El caso Pinochet resulta sin duda de una gran trascendencia no solo para Chile, sino para todo el mundo. Lamentablemente no es usual que un dictador que ha violado seriamente los derechos humanos y cometido crímenes horribles contra sus gobernados, sea conducido ante tribunales de justicia y condenado por esos crímenes. En los raros casos en que ello sucede, la ley penal -que debería ser igual para todos- ejerce no sólo su efecto educador, sino también su impacto disuasivo sobre posibles violadores futuros de derechos humanos.

La Comisión Internacional de Juristas ha venido siguiendo con preocupación la situación de los derechos humanos en Chile desde el golpe de Estado del 11 de setiembre de 1973, incluidos los cambios ocurridos con el regreso a la democracia en marzo de 1990. Con motivo del arresto de Augusto Pinochet en Londres, en octubre de 1998, siguiendo el procedimiento de extradición reclamado por España, la Comisión Internacional de Juristas publicó en inglés y español el libro: "Crimen contra la humanidad- Pinochet ante la Justicia". En él pasó revista a las distintas posiciones jurídi-

cas adoptadas por abogados, fiscales y jueces en España y en el Reino Unido. De esta publicación surge la trascendencia y el precedente jurisprudencial que implicó el caso Pinochet.

## **Algunos antecedentes**

El golpe de Estado militar del 11 de setiembre de 1973, que terminó con la democracia chilena y con la vida del Presidente regularmente electo Dr. Salvador Allende, fue ideado y liderado por el General Pinochet. El esquema de poder autoritario y despótico, generador de innumerables violaciones a los derechos humanos se mantuvo hasta marzo de 1990, fecha en que los chilenos lograron volver a la democracia con la elección del Presidente Aylwin.

Más recientemente, la actuación en España de un juez valiente y comprometido con el derecho, llevó en octubre de 1998 al arresto de Augusto Pinochet en Londres, siguiendo el procedimiento de extradición reclamado por España con apoyo en el derecho internacional. En marzo del 2000 el Ministro del Interior del Reino Unido adoptó la decisión de

---

\* Alejandro Artucio: antiguo Consejero Jurídico de la Comisión Internacional de Juristas, y ex Relator especial de las Naciones Unidas para Guinea Ecuatorial.

que “por razones humanitarias” (políticas diremos nosotros) Pinochet no fuera extraditado a España y que quedara en libertad de movimiento. El mismo día partía libre rumbo a Chile en un avión gubernamental que ya lo estaba esperando.

En nuestra opinión, todo lo ocurrido en Londres a lo largo del año que duró la detención de Pinochet, permitió que se abrieran los tribunales de justicia de Chile; sin lo de Londres tal vez no se hubiera llegado al desafuero de Augusto Pinochet, pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de Chile.

El procedimiento contra Pinochet se inició en Chile, a consecuencia de ocho querellas (denuncias) presentadas contra él, pidiendo su procesamiento penal en el caso que ya tramitaba ante la justicia, por la llamada “Caravana de la Muerte”, terrible hecho que había causado 72 víctimas mortales en octubre de 1973, en manos de un Comando del Ejército de Chile. Ante el Juez Instructor, Ministro Juan Guzmán Tapia, que había abierto proceso penal por tales hechos contra seis militares, los querellantes solicitaron elevar los autos a la Corte de Apelaciones de Santiago estimando que existían suficientes indicios y evidencias de la participación del Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte en los crímenes, como para declarar su desafuero e iniciarle proceso penal. Así el caso pasó a la Corte de Apelaciones de Santiago, la que finalmente emitió su fallo el 5 de junio del 2000.

Por éste la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió, con el voto de 13 Jueces contra 9, que correspondía quitarle su fuero de Parlamentario (inmunidad), a fin de llevarlo ante el Juez instructor de la causa para que éste investigara y eventualmente abriera proceso contra él. Esta sentencia causó fuerte impacto político en Chile. Los abogados que asumieron la defensa en juicio de Pinochet apelaron el 9 de junio dicha sentencia y el caso pasó a consideración del máximo órgano judicial, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

En julio del 2000 se llevaron a cabo, en Santiago de Chile, una serie de audiencias ante la Corte Suprema, cuyo objeto era decidir si correspondía quitar el fuero parlamentario que protegía, en su calidad de Senador Vitalicio, al General Augusto Pinochet Ugarte, a fin de iniciarle proceso penal. El autor de esta nota asistió como observador internacional a dichas audiencias.

El procedimiento emprendido contra el Sr. Pinochet constituía una oportunidad excepcional capaz de revelar si el país optaba por la impunidad, o si por el contrario elegía la Justicia.

En presencia de 20 de los 21 Magistrados de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia la defensa de Pinochet y los 8 abogados que actuaban en nombre de los querellantes explicaron sus argumentos y puntos de vista. Entre los querellantes -familiares de víctimas de los

sucesos- se contaba el Consejo de Defensa del Estado que, en representación del Estado de Chile ofendido por los delitos, también solicitaba que se quitara al Senador Vitalicio su fuero parlamentario y se le iniciara proceso penal.

### ¿Qué fue la Caravana de la Muerte?

Como dijimos eran estos hechos los que motivaban el procedimiento. La "Caravana" consistió en la misión secreta oficialmente encomendada a un grupo de militares integrado por el General Sergio Arellano Stark; los Coroneles Sergio Arredondo González; Marcelo Moren Brito; y Patricio Díaz Araneda; el Brigadier Pedro Espinoza Bravo y el Capitán Armando Fernández Larios. El General Sergio Arellano Stark había recibido directamente del Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta de Gobierno -título este último usurpado por Pinochet cuando el Golpe de Estado de setiembre de 1973- la orden de desplazarse con un comando al Sur y al Norte del territorio para, actuando como su "Oficial Delegado" e invistiendo todos los poderes que detentaba el General Pinochet, "cumplir labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales", entre ellos revisar y acelerar los procesos en consejo de guerra contra opositores políticos detenidos.

Esta forma de "coordinación" y de "acelerar los procesos" de la misión cumplida en octubre de 1973, tuvo como

resultado directo dejar a su paso 72 víctimas. De ellas 53 fueron ejecutadas ilegalmente y en secreto, sin proceso alguno y otras 19 desaparecieron sin que nunca hasta el día de hoy las autoridades aportaran información alguna sobre su paradero o lo que les había sucedido. De los 19 desaparecidos, 3 de ellos fueron retirados por la misión de la cárcel pública de Cauquenes el 4 de octubre; otros 3 fueron retirados de la cárcel pública de Copiapó entre el 16 y 17 de octubre; y 13 de la cárcel pública de Calama el 19 de octubre de 1973. Es decir de lugares oficiales en los que se encontraban privados de libertad por orden de los autores del Golpe de Estado.

Los casos de las 19 víctimas fueron calificados por el Juez instructor, Juan Guzmán Tapia como "secuestros calificados reiterados" según el artículo 141 incisos 1 y 4 del Código Penal, en el auto de procesamiento que dictó contra los 6 militares que integraron la comitiva oficial. A pesar de que los abogados de las defensas lo apelaron, la Corte de Apelaciones de Santiago lo confirmó, conservando la calificación del Instructor. Impugnado también dicho auto de procesamiento por la vía de un Recurso de Amparo, fue confirmado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

### ¿Por qué era necesario el antejuicio de desafuero?

De las actuaciones del sumario en el juicio contra el General Arellano Stark

y otros, surgieron elementos que señalan muy claramente la participación esencial de Pinochet en los delitos que se investigan. Pero éste, dada su calidad de Senador Vitalicio, estaba protegido por la inmunidad que le otorga su fuero, por lo que para llevar procedimientos penales en su contra, debía antes quitársele el fuero, suspendiéndolo como Senador.

La inmunidad parlamentaria está consagrada en el artículo 58 inciso 2 de la Constitución Política de Chile en cuanto dice:

Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación, o desde el de su incorporación, según el caso, puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.

La inmunidad de que gozan los miembros del Parlamento -y por tanto Pinochet en tanto que Senador- implica que no pueden ser procesados por la Justicia ni privados de su libertad, sin que previamente un Tribunal de Alzada -en el caso la Corte de Apelaciones de Santiago- hubiere autorizado la formación de causa. Es decir sin que se levante la inmunidad que lo protege. El fuero es una garantía que la Constitución establece en favor de la función que desempeñan los

parlamentarios, para que puedan cumplir sus altos cometidos con independencia y al abrigo de temores y presiones indebidas. No se trata de un privilegio personal a quien desempeña funciones de legislador, sino de una garantía para proteger precisamente la función de legislador. Naturalmente esa inmunidad no significa que no puedan ser responsabilizados ante la justicia por los crímenes que pudieren cometer; y es precisamente por ello que existe el antejuicio de desafuero.

La norma Constitucional se completa con otras del Código de Procedimiento Penal (arts. 612 y 616) que regulan el procedimiento. Cuando no se tratare de un delito flagrante, ya sea a petición de parte, o por iniciativa del propio Magistrado a cargo del caso, el Tribunal de Alzada podrá hacer lugar a la formación de causa contra el parlamentario, cuando aparecieren "...datos que podrían bastar para decretar la detención del inculgado...".

El antejuicio de desafuero se agota al determinar si existen o no fundadas sospechas de la comisión de un delito por el parlamentario. Los demás aspectos, como la plena prueba de los hechos incriminados, las eventuales causales de exculpación, el grado de responsabilidad del encausado, se habrán de determinar en el proceso penal propiamente dicho, y no en el antejuicio de desafuero.

## **Sentencia adoptada por la Corte Suprema de Justicia**

El máximo órgano judicial falló el 8 de agosto del 2000 confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, y por tanto reiterando el desafuero de Augusto Pinochet Ugarte. Esta sentencia se adoptó por el voto de 14 Magistrados contra 6. Al mismo tiempo y por los mismos votos rechazó la nulidad de lo actuado que había solicitado la defensa de Pinochet. Todo quedó entonces pronto para que el Juez instructor eventualmente abriera una causa penal en su contra. Chile había optado por la Justicia.

## **Juicio político a cargo de la Cámara de Diputados y del Senado. Los crímenes de la Caravana de la Muerte habrían sido "actos de administración"**

La defensa del Sr. Pinochet sostuvo que de acuerdo a la Constitución Política hubiese correspondido para quien era Jefe de Estado cuando se realizó la Caravana de la muerte, y porque los hechos de que se le acusa serían "actos de administración", no el antejuicio de desafuero, sino la acusación de la Cámara de Diputados y la decisión condenatoria del Senado si se quería quitarle los fueros.

El argumento fue rebatido por los abogados de los querellantes: recordando que a partir de setiembre de 1973 no hubo Senado, disuelto por el Golpe militar en virtud de un Decreto-Ley. Que

posteriormente una disposición transitoria de la Constitución de 1980 (Nº 19) estableció que las acusaciones constitucionales por actos del gobierno militar, solo podrían plantearse por acciones u omisiones posteriores a marzo de 1990 (fecha del retorno democrático). Según los Jueces "no es legítimo invocar la carencia de un juicio político en su contra para sustraerlo de la acción de los Tribunales" (Sentencia, párr. 48).

Respecto a la calificación de "actos de administración", en nuestra opinión no puede admitirse de manera alguna que asesinar prisioneros indefensos, hacerlos desaparecer definitivamente, torturar, ordenar, organizar, autorizar, o tolerar que sus subordinados cometan alguno de estos hechos, puedan ser considerados como funciones oficiales del Estado y por tanto como "actos o tareas de administración". Los hechos mencionados son de tal magnitud y gravedad que no sólo agreden a la víctima y su entorno, sino que ofenden y agreden a la conciencia de la humanidad en su conjunto y es debido a ello que son considerados crímenes de lesa humanidad. Tales conductas netamente criminales nunca podrían entrar dentro de las funciones de un Jefe de Estado, ni de funcionario estatal alguno, como para quedar amparadas por la inmunidad.

El derecho internacional ha terminado de establecer con claridad que en los casos de crímenes contra la humanidad, el cargo oficial de una persona, sea Jefe

de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, no la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá motivo para reducir la pena. Así surge del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1945; del Estatuto del Tribunal Militar de Tokio, 1946; de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948; del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, 1993; del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, 1994; del Estatuto de la Corte Penal Internacional, 1998.

### **La salud de aquel de quien se pide el desafuero. Su “indefensión”**

Este argumento fue central en el alegato de los abogados de Pinochet. Su objetivo era claro: evitar el desafuero y un proceso penal.

Sostuvo la defensa que el estado de salud de Pinochet no le permite defenderse adecuadamente de las acusaciones que se le hacen; que no está en condiciones físicas para discutir con sus abogados, darles instrucciones, ser informado de lo que está pasando en el procedimiento. Sostuvo que ellos no han hablado nunca de “locura o demencia”, pues no es esto lo que aqueja a su defendido.

Invocó la defensa el derecho internacional mencionando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) pero solamente para sostener que no se respetaba el “derecho al debido proceso” y entre él el derecho de defensa en juicio. Recordó Rivadeneira que los tratados internacionales sobre derechos humanos fueron incorporados a la legislación chilena por expresa disposición Constitucional, y que ellos prevalecen sobre la legislación interna.

A nuestro juicio fue saludable esta invocación al derecho internacional de los derechos humanos, aunque errónea en el caso que se trata, como erróneos los motivos en que se basa.

Varios de los abogados de la acusación se refirieron a las reuniones que mantiene Pinochet y a personas que lo visitan, leyendo noticias de prensa chilena que dan cuenta cada pocos días de que el Sr. Pinochet se reunió con sus excompañeros de armas, que recibió a otros Senadores Vitalicios, que es visitado por el equipo de sus abogados defensores, que lee la prensa. En suma que debía estar suficientemente al tanto de los procesos que se intentaban contra él y de los hechos de los que se le acusaba. Recordaron además que se le consideraba capaz para ocupar una banca en el Senado de la República y desde ella participar en la toma de decisiones que alcanzan a toda la población.

En su sentencia la Corte Suprema se limitó a rechazar la argumentación de la

defensa, por la vía de remitirse al Código de Procedimiento Penal (artículo 349). Este texto dispone que los exámenes médicos los debe ordenar el Juez a cargo de la causa: cuando al encausado se le impute un delito que conlleva penas graves y "cuando fuere sordomudo o mayor de setenta años de edad", en este último caso, cualquiera fuere la penalidad con que se castiga el delito. Esos exámenes médicos quedan a cargo del Instituto Médico Legal.

En nuestra opinión resulta claro que Pinochet dispone de cuantiosos y adecuados medios para asegurar su defensa penal y que lo asiste un equipo profesional que consta de 6 muy calificados y conocidos abogados. Su situación es radicalmente contraria a la de un "indefenso"; pocas personas en Chile podrían contar con tantos medios para defenderse de una acusación penal. Por lo demás y en cuanto se refiere a la reunión de elementos de prueba para su defensa, ha contado con total y amplia cooperación de los altos mandos de las Fuerzas Armadas.

De todas formas hay que reiterar que aun para el derecho chileno no serían los problemas de salud física los que pueden evitar un proceso penal; la ley dispone que solamente en caso de perturbación mental (locura o demencia son sus términos) se interrumpirá una acción penal.

## La tipificación penal de los hechos por los que se le acusa

### *Homicidios y desaparición forzada*

Puede decirse que fue éste el aspecto central del análisis jurídico del antejudio y el más complejo.

La alegación de la defensa fue que aparte de no estar probada la participación de Pinochet en los crímenes cometidos por los integrantes de la Caravana de la Muerte, en todo caso se habría tratado de homicidios (de las 72 víctimas), y no de secuestros. No negó el que los crímenes se hubieran cometido, simplemente discutió la calificación jurídica de tales hechos.

Su argumentación estuvo basada en dos polos:

- a) La figura penal del homicidio es un delito de ejecución instantánea y por tanto los hechos de la causa están cubiertos por el Decreto Ley de Amnistía N° 2191 del 19 de abril de 1978, por el que el gobierno militar dispuso una amplia amnistía para todos los violadores de derechos humanos por los crímenes cometidos entre el 11 de setiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Y entre ellos entraban el homicidio, la tortura, la privación de libertad.
- b) De todas maneras -afirmó la defendido que los hechos sucedieron en

octubre de 1973 y por ser el homicidio un delito de ejecución instantánea, están cubiertos por la prescripción de la acción penal. Aplicando el plazo de prescripción más largo del derecho penal chileno, que es de 15 años, la acción estaría largamente prescripta.

Alegó la defensa que las 72 personas retiradas de cárceles donde estaban detenidas, fueron fusiladas y murieron. De 53 de ellas se encontraron los restos. No así de las 19 restantes (3 en Cauquenes, 3 en Copiapó, 13 en Calama). Pero ello no implicaría que se trate de secuestro calificado, como lo tipificó el Juez instructor. El homicidio puede probarse por cualquier medio de prueba cuando no aparece el cuerpo de la víctima (citó el ejemplo de un homicida que hace desaparecer el cuerpo de su víctima incinerándolo o destruyéndolo con ácido; o el de una bomba que explota en un avión que cae al mar). De todo lo anterior concluyó que no se puede desaforar por delitos amnistiados y prescriptos.

Dicho con palabras más crudas, es como si el argumento fuera: nuestro cliente el Sr. Pinochet no es un desaparecido, sino tan sólo un asesino.

Los abogados de los querellantes sostuvieron la tipificación delictiva efectuada por el Juez instructor y confirmada por la Corte de Apelaciones que de acuerdo con el derecho penal chileno, se trató de "secuestros calificados" reitera-

dos (artículo 121 del Código Penal, que resulta agravado cuando el secuestro se prolonga por más de 90 días). Y son estos hechos los que en derecho internacional se han dado en llamar "desapariciones forzadas de personas".

La diferencia entre las tesis de la defensa y la acusación es radical. Por tratarse el secuestro (o desaparición forzada) de un delito de ejecución permanente o continuada, se sigue cometiendo en el tiempo, hasta tanto no se establezca con certeza el destino o paradero de la persona desaparecida. Como en los 19 casos de desaparecidos a causa de la acción de los integrantes de la Caravana de la Muerte, las autoridades no explicaron nunca sus destinos o paradero, los que tampoco fueron establecidos de otra manera. Por ende, no les son aplicables ni la amnistía ni la prescripción extintiva.

### **Derecho internacional de los derechos humanos**

La desaparición forzada ha sido definida en el derecho internacional como la privación de libertad de una persona, cometida por 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 falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación, o de la denegación de información, o del ocultamiento del destino o del paradero del desaparecido.

Este fenómeno por constituir crímenes aberrantes e inhumanos -uno solo de los cuales viola un largo número de derechos humanos- se ha incorporado con firmeza al derecho internacional, a fin de prohibirlo y combatirlo. Y también para el derecho internacional, cuando el método de un gobierno de hacer desaparecer a sus oponentes se practica de manera sistemática o masiva, constituirá un crimen de lesa humanidad (Resolución AG/Res. 666 (XVIII-0/83) del 18 de noviembre de 1983 de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos; Preámbulo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas - Naciones Unidas, 1992; Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas - OEA, 1994; Artículo 7, letra i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma 1998).

A su vez, en lo que más interesa a este caso, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas - Naciones Unidas - en su artículo 17 y el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -OEA- repiten casi con las mismas palabras igual concepto: "Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima...".

Igualmente, con respecto a la amnistía y la prescripción, ambos textos nor-

mativos internacionales, contienen soluciones claras y precisas. La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas - Naciones Unidas- establece:

Artículo 18 - 1. *Los autores o presuntos autores de... (actos de desaparición forzada)... no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal...*

Por su parte la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -OEA- regula:

Artículo VII - *La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción...*

Se comprende que en estos procedimientos era esencial definir si los horrendos crímenes cometidos por los miembros de la Caravana de la Muerte contra detenidos indefensos, constituyeron secuestros u homicidios. Si la figura penal es la de secuestros -como lo considera en casos similares el derecho internacional- no procede que los culpables se beneficien de amnistía ni de prescripción extintiva. Por lo demás como lo señalaron los abogados de los querellantes, la negativa de las autoridades a reconocer la privación de libertad, el ocultamiento del destino o del paradero del desaparecido a lo largo de 27 años, durante los

cuales sus familiares solicitaron mil veces tal información, no permite si es que los detenidos murieron, saber en qué fechas; por ejemplo si antes o después del Decreto-Ley de Amnistía de 1978, ni desde cuándo se contarían los términos de prescripción.

### **La amnistía o la prescripción, no proceden en los casos de “infracciones graves” al derecho internacional humanitario**

Varios de los abogados de los querellantes sostuvieron la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra de agosto de 1949 sobre derecho internacional humanitario. En su virtud argumentaron que no procede amnistiar ni declarar la prescripción, pues el Estado de Chile al ratificar esos Convenios se obligó ante la comunidad internacional y ante su propia gente: a) a investigar las torturas y asesinatos de prisioneros; b) enjuiciar a los culpables aplicándoles si correspondiere penas adecuadas a la gravedad del hecho; c) reparar los perjuicios causados a las víctimas o a sus familiares.

Como ya se dijo, el gobierno militar había aprobado en abril de 1978 el Decreto-Ley 2191 que otorgó una amplia amnistía a todos los violadores de derechos humanos que hubieran cometido crímenes entre el 11 de setiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

La comunidad organizada de Naciones oportunamente calificó esta norma

como una “autoamnistía” y la consideró un acto unilateral del régimen militar chileno, que resulta violatorio del derecho internacional de los derechos humanos. En esta dirección se expresaron el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos incluido en Tratados, impone a los Estados limitaciones a la posibilidad de conceder amnistías o cualquier tipo de medidas de clemencia, cuando ellas impliquen renunciar a investigar y juzgar ciertos delitos. Y esos *ciertos* delitos son en cuanto tienen relación con este caso, el homicidio, el secuestro, la tortura.

Los abogados de los querellantes recordaron que el Decreto-Ley 5 del 12 de setiembre de 1973 al interpretar el artículo 418 del Código de Justicia Militar, había declarado:

*“el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse estado o tiempo de guerra”.*

A juicio del autor de esta nota, fue perfectamente legítima la invocación de normas sobre derecho internacional humanitario, puesto que en Chile se vivía un “estado o tiempo de guerra”, declarado por las autoridades de la época que

consideraban se estaba ante un "conflicto armado interno". Y dichas normas constituyen derecho chileno desde que el Estado de Chile las ha legitimado y libremente ratificado en octubre de 1950. Así son los casos del Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y del Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, ambos de agosto de 1949.

Estos dos Convenios establecieron por primera vez en el derecho internacional la facultad y la obligación para los Estados de ejercer la llamada "*jurisdicción universal*". Otros tratados multilaterales la incluyeron más tarde: así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Chile ha ratificado o adherido a estos textos.

La jurisdicción universal es la aplicación del principio *aut dedere aut judicare* (*extraditar o juzgar*). Los Estados se obligan a ejercer jurisdicción por ante sus tribunales nacionales sobre un presunto culpable de crímenes de guerra (o torturador) que se encuentre en su territorio, si no prefirieren o no pudieren de acuerdo a su legislación, extraditarlo al Estado que con derecho lo reclame. De las citadas obligaciones un gobierno no pue-

de desligarse por el mecanismo de hacer aprobar una Ley o un Decreto. En ambos casos se tratará de actos unilaterales del Estado que no borran las obligaciones asumidas. Lo anterior implica que toda medida de clemencia, sea en la forma de amnistías o de algún sucedáneo, sólo podría adoptarse una vez cumplidas las precitadas obligaciones y por tanto solo podrían tener por efecto evitar el efectivo cumplimiento de penas ya impuestas.

La doctrina ha igualmente afirmado con frecuencia que la obligación de los Estados de «*respetar y hacer respetar*» el derecho humanitario contenido en el artículo 1 de texto común a los 4 Convenios de Ginebra, no deriva solamente de dichos Convenios de 1949, sino también y antes de esa fecha de principios generales de derecho humanitario de los cuales los Convenios constituyen una expresión escrita. Forman por tanto parte del derecho internacional consuetudinario y son aplicables *erga omnes*.

Tanto el Convenio III como el IV contienen artículos casi idénticos, que tratan estos aspectos. Así por ejemplo el artículo 3:

*En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo...*

*...la prohibición, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas, de:*

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura ...;*
- d) ...las ejecuciones sin previo juicio...*

Y el artículo 129 -

*...Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales...*

Tampoco hay que olvidarse que las "ejecuciones sin previo juicio" de prisioneros o detenidos, llevadas a cabo en octubre de 1973, configuraron lo que el derecho internacional de los derechos humanos ha llamado "ejecuciones *extra-legales*" (o ejecuciones sumarias o arbitrarias). Y fue esto lo sucedido con los 53 detenidos retirados de cárceles oficiales y fusilados sin más, sin forma alguna de juicio.

El derecho penal chileno tipifica este delito como "*homicidios reiterados, especialmente agravados*". Algunos de los querellantes reclaman que además de por los 19 secuestrados, debería juzgarse a Pinochet y los militares que integraron la comitiva, por los restantes 53 homicidios.

**¿Qué decidió la Corte Suprema de Justicia respecto a la calificación delictiva, y a la eventual aplicación de la amnistía o la prescripción ?**

Para la Corte Suprema, la calificación provisoria que ha hecho el Juez Instructor como "secuestros calificados" es correcta, aun cuando ello se decidirá definitivamente en la causa de fondo. Sostuvo la Corte que "tanto el delito de detención ilegal como el de secuestro son permanentes, de manera que su consumación se prolonga durante todo el tiempo en que se mantiene la privación de libertad". Y aun cuando todo el mundo pueda pensar que las 19 víctimas están muertas dado el tiempo transcurrido, "no se ha probado en autos que hayan sido ultimadas inmediatamente después de haberlas sustraído sin derecho...", ni que "su deceso haya sido anterior a la fecha en que se dictó el Decreto- Ley N° 2191 sobre amnistía".

En relación con la prescripción de la acción penal por el transcurso del tiempo, su aplicación tampoco sería automática. Debe previamente acreditarse la responsabilidad del imputado (art. 413 del Código de Procedimiento Penal) y examinar si con respecto a él no se ha interrumpido la prescripción, por ejemplo por la comisión de nuevos delitos (Sentencia, párr. 60).

De cualquier manera la Corte estimó que aun las posibles causales de extinción de la responsabilidad penal (amnis-

tía o prescripción) deberán decidirse en la causa de fondo y no en el antejuicio de desafuero.

### **La presunta participación de Augusto Pinochet en los hechos que se juzgan**

La ley chilena solamente exige para hacer lugar al desafuero de un parlamentario y abrir una causa contra él, la "sospecha fundada" de que ha cometido un delito. Ahora bien, la forma de participación de Pinochet en los crímenes de la Caravana de la Muerte habría sido la que el derecho chileno define como la de un "autor mediato" (artículo 15, inciso 2 del Código Penal). Varios de los querellantes le agregan la de "autor de asociación ilícita" junto con el General Arellano y otros en la ejecución de un plan criminal.

Cuando describimos en qué consistió la llamada Caravana de la Muerte dijimos que fue la misión secreta oficialmente encomendada a un grupo de militares por el Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta de Gobierno; era la de desplazarse con un comando al Sur y al Norte del territorio actuando como su "Oficial Delegado" y, en dicha calidad y con todos los poderes que detentaba el General Pinochet, "cumplir labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales". Forma de "coordinación" y de "acelerar los procesos" que tuvo como consecuencia directa el dejar a su paso 72 víctimas.

Desechando los argumentos de la defensa, estimó la Corte que lo cierto y probado es que las víctimas estaban detenidas "legítimamente", bajo custodia de autoridades militares y en recintos oficiales, y de allí fueron retiradas por un grupo militar

Una comitiva con los cometidos descritos no estaba integrada por ningún abogado, ni experto en derecho, ni oficial de justicia militar, ni siquiera un conocedor del derecho. Sí lo estaba por un grupo de combate seleccionado, con antecedentes represivos acumulados desde los primeros días del golpe de Estado, que viajaban armados a guerra, en ropa de combate y se desplazaban en un helicóptero militar. Curiosa integración y forma de actuar de un grupo que supuestamente lleva como misión mejorar procedimientos judiciales.

La participación de Pinochet como autor inductor o autor mediato resulta indudable. El inductor es aquel que domina la voluntad de otro. Uno de los abogados de los querellantes citó antecedentes históricos como el caso de Adolf Eichman, juzgado en Israel por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos por el régimen Nazi; otras sentencias del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Internacional para Rwanda. En el ámbito interno citó jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso contra el General Contreras y el Brigadier Pedro Espinoza Bravo por el asesinato en la

ciudad de Washington del Sr. Orlando Letelier.

En su sentencia la Corte Suprema de Justicia afirma estar convencida de que existen "fundadas sospechas de la participación del Senador vitalicio" en los crímenes que se juzgan. Esas sospechas se fundan en una serie de pruebas e indicios. Por ejemplo el objetivo declarado de la misión no coincide en nada con sus terribles resultados; la Corte afirmó que la comitiva "tenía por objeto finalidades ocultas y diversas de las consignadas en el instrumento que la ordenó". Que si Pinochet como Comandante en Jefe no hubiere estado conforme con lo actuado por la comitiva, hubiera tomado medidas disciplinarias contra sus miembros; en lugar de ello los ascendió en sus carreras militares. Como contrapartida, los oficiales de los sitios visitados que cuestionaron la actuación de la comitiva fueron llamados a retiro del Ejército, es decir dados de baja.

## Conclusiones

Los familiares de las víctimas de la llamada Caravana de la Muerte -ejecutadas arbitrariamente y desaparecidas- han venido clamando una justicia que no llegaba a lo largo de 27 años.

Los esfuerzos de varios abogados y de organizaciones de derechos humanos, sumados a la actuación del Juez español Baltasar Garzón que llevó en octubre de 1998 al arresto de Augusto Pinochet en

Londres, siguiendo el procedimiento de extradición reclamado por España, permitieron crear las condiciones para que se instruyera la causa penal que lleva adelante el Magistrado Juan Guzmán Tapia, y más tarde se pronunciaran las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema de Justicia. Todo ello ha venido a marcar un triunfo de la Justicia.

Los hechos que en esta causa se reprochan a Pinochet resultan constitutivos de Crímenes contra la Humanidad y de Infracciones Graves al Derecho Humanitario y como tales deben ser investigados y reprimidos por el interés de la justicia, pero también para aportar una forma de reparación para las familias de las víctimas. La investigación debe conducir no sólo a establecer responsabilidades, sino también a determinar lo sucedido con los desaparecidos y ubicar sus restos.

Lo actuado hasta el momento representa un avance trascendente e implica que el Chile democrático ha claramente optado por la justicia contra la impunidad. Y para que se insinuara la esperanza de alcanzar la justicia fueron necesarios 27 años y 10 después de restablecida la democracia.

Ello abre el camino para que en un futuro pueda quebrarse definitivamente y para siempre el cerco de impunidad que ha venido protegiendo a grandes violadores de derechos humanos y del dere-

cho internacional humanitario, fueren cuales fueren los cargos públicos o dignidades que hubieren desempeñado.

Del futuro dependerá si se alcanzan los objetivos que hoy se vislumbran. El Juez Instructor tomará el caso en sus manos, investigará y determinará responsabilidades penales. Bueno es recordar que aparte de este caso de la Caravana

de la Muerte se han presentado ante los tribunales de Chile y ante otros Jueces unas 180 querellas penales contra Pinochet. Lo que entonces se logre permitirá concluir si se han alcanzado los objetivos vislumbrados y que tantos esfuerzos han costado a los chilenos.

Montevideo, diciembre 2000.



# Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

Wilder Tayler\*

Este artículo resume algunas de las iniciativas de la comunidad internacional para definir el fenómeno de la desaparición forzada de personas, y elaborar normas internacionales para prevenir y combatir esta grave violación de los derechos humanos.

Las primeras reacciones internacionales ante el fenómeno de las “desapariciones” datan de mediados de los años 70, probablemente como resultado del trabajo de los exiliados latinoamericanos en Europa y en Norteamérica, que por aquel entonces escapaban a las dictaduras militares de la región. El clamor de las asociaciones de los familiares en su lucha por establecer el paradero de sus seres queridos también repercutiría más allá de la región latinoamericana. Pero el origen regional de los primeros esfuerzos organizados en contra de las desapariciones forzadas no debe llamar a engaño: la desaparición forzada ha sido y continúa siendo un fenómeno global; los últimos 15 años también han visto miles de casos de “desapariciones” en Asia, Africa, Europa y Oriente Medio. En su informe anual a la 56ª sesión de la Co-

misión de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias informó que había recibido 300 nuevos casos que tuvieron lugar en 23 países. Diecinueve de estos 23 países se encuentran fuera de la región Latinoamericana. Durante el período anterior el Grupo había transmitido 1015 nuevos casos a 29 gobiernos de todas las regiones.

La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**, comenzó a denunciar el fenómeno de las “desapariciones” desde 1974, en sus informes a la **Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA)**, tanto en general como en relación a casos ocurridos en Chile. En 1977 la Comisión opina en su informe a la Asamblea General sobre el carácter de esta violación de los derechos humanos: *“Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la desaparición» no sólo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también, un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad, y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera*

\* Wilder Tayler es Director de la Oficina Legal de Human Rights Watch.

*forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte, y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material.”* La Comisión explica que la “desaparición” es “*además, una manifestación tanto de la incapacidad del Gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes, como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los Derechos Humanos.*” En 1979 la Comisión visitaría la Argentina donde comprobó la comisión sistemática de desapariciones forzadas por las Juntas militares. Y en 1983 la Asamblea General de la OEA declararí primera vez que la práctica de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad.

Las expresiones públicas de preocupación por parte de órganos de las **Naciones Unidas** por las “desapariciones” datan de 1978 con una declaración de Asamblea General que insta a los gobiernos a dedicar recursos para la búsqueda de los “desaparecidos”. En 1979 la **Asamblea General** encomienda a la **Comisión de Derechos Humanos** que estudie el tema y formule las recomendaciones pertinentes. También en 1979 la entonces **Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías** sugiere que se establezca un grupo de expertos para recabar información sobre casos de “desapariciones” y mantener contactos con los familiares y gobiernos. Más importante aún, la Subco-

misión también sugiere el diseño de algún tipo de recurso internacional fundado en la idea del *habeas corpus*. La creación del **Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias** por la Comisión de Derechos Humanos en 1980, constituyó un avance importante en tanto creó un instrumento para intervenir frente a casos o situaciones concretos de desaparición forzada. Durante los años ochenta el Grupo de Trabajo también estableció principios y parámetros conceptuales que facilitarían la redacción de nuevos textos. En particular, el Grupo hizo aportes valiosos en cuanto a la necesidad de combatir la impunidad de los perpetradores y de establecer mecanismos de prevención de las “desapariciones”. Hacia mediados de la década el Grupo sugirió que la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección a las Minorías sería el órgano indicado para estudiar la necesidad de preparar un instrumento internacional contra las “desapariciones” en el seno de las Naciones Unidas.

El **Comité de Derechos Humanos** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptó importantes recomendaciones sobre casos de “desapariciones” desde principios de los años 80; el Comité ha llamado a los Estados partes a tomar medidas que eviten la repetición de casos de “desapariciones”, que lleven adelante las investigaciones pertinentes y sometan a los responsables a la justicia, que informen a los familiares sobre el destino de los “desaparecidos” y

que indemnicen a las víctimas o en su defecto a las familias. El Comité también se ha ocupado de analizar los efectos que la desaparición forzada tiene sobre los familiares de la víctima y dictaminó que el sufrimiento de los parientes del “desaparecido” puede constituir en sí mismo una violación de los compromisos internacionales del Estado parte.

A principios de los años 80 se inicia también el proceso para la elaboración de normas jurídicas internacionales para definir, prevenir y castigar la desaparición forzada. Este proceso iniciado hace más de 20 años, y todavía inconcluso, ha estado plagado de dificultades tanto en el orden conceptual como político, a tal punto que el concepto mismo de desaparición forzada resultó ser elusivo durante muchos años. No es de extrañar que así fuera dado que la desaparición forzada es un fenómeno complejo, concebido precisamente para burlar la normativa de protección de los derechos humanos; capturar su esencia en un concepto único para incluirlo en un cuerpo legal que lo reprima no es una tarea fácil.

Por ejemplo, en lo que constituyó el primer esfuerzo internacional por promover una Convención internacional contra la desaparición forzada, el **Instituto de Derechos Humanos de la Orden de Abogados de París** convocó un coloquio en 1981 del cual surgió la siguiente definición: “...*la expresión desaparición forzada o involuntaria se aplica a todo acto o hecho capaz de atentar contra*

*la integridad o la seguridad física, psíquica o moral de cualquier persona*”. La amplitud de esta descripción pone de manifiesto las dificultades que presentaba en aquel momento, el asimilar y traducir al lenguaje jurídico el horror del crimen de desaparición forzada. La dimensión humana de ese horror sin embargo, fue magistralmente elaborada en la introducción al informe final de aquel coloquio de París (*Le Refus de L'Oubli*) por el escritor argentino Julio Cortázar. Una originalidad de este proyecto fue que contenía una disposición por la que los Estados parte se comprometían a presumir con vida a toda persona considerada como “desaparecida” hasta que fueran agotados los mecanismos de localización contemplados por el proyecto de Convención.

Luego del Coloquio de París y hasta 1987 el impulso por la elaboración de normas que traten específicamente de las desapariciones forzadas se trasladó a América Latina generando intensa actividad a nivel de las ONG's regionales y en el sistema interamericano. Sin embargo el objetivo principal de las iniciativas continuó siendo el de elaboración de instrumentos de proyección universal.

En 1982 la **Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos (FEDEFAM)** adoptó un proyecto de Convención en su Congreso anual en Perú. Este proyecto se inspiraba, en buena medida, en el modelo ofrecido por la Convención para la Pre-

vención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, y contemplaba la existencia futura de un tribunal penal internacional que podría juzgar casos de “desapariciones”. Ese tribunal estaría dotado de facultades para invalidar sentencias nacionales relativas a casos de desaparición forzada, si esas sentencias hubieran violado principios fundamentales del debido proceso o vulnerado principios jurídicos fundamentales.

En 1986, un proyecto de declaración fue adoptado por el Primer Coloquio sobre desapariciones forzadas en Colombia convocado por el **Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo** de Bogotá. El proyecto de declaración fue transmitido al Grupo de Trabajo de Naciones Unidas y a la Comisión de Derechos Humanos, dado que los redactores de este texto anticipaban desde ya la necesidad de una Convención internacional como el instrumento más eficaz para combatir las “desapariciones”, sin descartar los beneficios que pudieran presentar las iniciativas regionales. Este proyecto de declaración sugería en su primer artículo los elementos constitutivos de una definición de la desaparición forzada.

En 1988, **FEDEFAM** y el **Grupo de Iniciativa** (un colectivo de ONG’s argentinas) convocaron una reunión internacional en Buenos Aires de la que surgió un nuevo proyecto de Convención. Este texto recogía y consolidaba los avances conceptuales logrados hasta ese momento, en tanto que la reunión interna-

cional intentó definir nuevas estrategias que permitieran promover la elaboración de la Convención en el seno de los organismos internacionales.

Todos estos esfuerzos estuvieron acompañados de intensa actividad de cabildo tanto por los organismos impulsores de las iniciativas como por algunas ONG’s internacionales de derechos humanos. Hacia finales de la década estos esfuerzos rindieron los primeros frutos. En 1987 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos pidió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que elaborara un proyecto de Convención. En 1988 la CIDH presentó su texto, probablemente uno de los más completos que se ha preparado en el seno de una organización internacional hasta ahora.

Algunos de los conceptos inspiradores de este texto provienen de las precursoras sentencias de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** sobre los casos **Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz**. La Corte trató entre otras, cuestiones de prueba y las consecuencias jurídicas de la práctica sistemática de la desaparición forzada, pero sobre todo, se ocupó de definir el contenido de la responsabilidad de los estados frente a la ocurrencia de esta violación de los derechos humanos.

Al mismo tiempo, la entonces la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías,

a través de su Grupo "de la detención" iniciaba un primer debate (que se prolongaría hasta 1989) sobre un proyecto de Declaración presentado por el experto **Louis Joinet**. Anteriormente, en 1984, la Subcomisión había preparado un primer borrador de una Declaración internacional contra la detención no reconocida de personas, pero este texto no recibió seguimiento por parte de los órganos superiores de las Naciones Unidas y en 1986 la Asamblea General había reconocido la utilidad de que prosiguieran los esfuerzos encaminados a individualizar aquellos aspectos que requirieran medidas internacionales ulteriores para desarrollar el marco jurídico internacional vigente en materia de derechos humanos.

Mientras el proyecto de Convención de la OEA se estancaba hasta 1992 (y perdía muchos de sus mejores elementos) en el **Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA**, la **Comisión Internacional de Juristas (CIJ)** en Ginebra lideró a las ONG's en el impulso del nuevo proyecto de la Subcomisión. La CIJ convocó un seminario con expertos de la Subcomisión, miembros del Grupo de Trabajo, representantes de los familiares de "desaparecidos" y de otras ONG, a los efectos de perfeccionar el texto. El proyecto resultante de este seminario fue introducido en la Subcomisión por el experto **Miguel Alfonso Martínez**, adoptado por ésta y enviado a la Comisión y órganos superiores de las Naciones Unidas para su adopción.

La Comisión estableció un **Grupo abierto intersesional** para continuar elaborando el documento. Este Grupo sesionó en noviembre de 1991 y fue el escenario de varios compromisos y transacciones, que si bien es cierto, debilitaron el texto, permitieron a los gobiernos alcanzar un importante grado de consenso en cuanto a los contenidos de la Declaración. La Declaración fue finalmente adoptada en 1992 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El proceso para la adopción de la Declaración en las Naciones Unidas contribuyó a sacar de su letargo al proyecto de Convención de la OEA, aunque éste había sido significativamente debilitado por el Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos de esa organización; el nuevo texto, por ejemplo, permitía la obediencia debida al superior jerárquico como causa de justificación en la defensa de los responsables de casos de desaparición forzada. Luego de mucho debate, los órganos políticos de la OEA consintieron en algún tipo de intervención por parte de una coalición de ONG's, lo que junto con los renovados esfuerzos de un grupo de Estados miembros, permitió revitalizar el proceso que culminaría con la adopción de la Convención en Belén de Pará, Brasil, en 1994. Algunos de los problemas del texto no pudieron ser solucionados sin embargo, en particular la debilidad del mecanismo de protección.

Precisamente en 1994 **Amnistía Internacional (AI)** inició un proceso de

análisis comparado de todos los textos mencionados (y algunos textos intermedios) con miras a facilitar la redacción de una Convención de Naciones Unidas, si tal iniciativa se concretaba en el seno de los órganos de Naciones Unidas. Un seminario convocado por AI y la CIJ en junio de 1996 reunió a un grupo de expertos para trabajar sobre el borrador preliminar que el Sr. Joinet había presentado a la Subcomisión. Otra reunión tuvo lugar en noviembre de 1997 cuando el Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia de la Subcomisión ya iniciaba las discusiones orientadas a la preparación de un proyecto de Convención internacional. En 1998 la Subcomisión transmitió el proyecto de Convención a la Comisión de Derechos Humanos para que ésta lo examinara y en 1999 la Comisión pidió al Secretario General de la ONU que solicitara los puntos de vista de los Estados, las organizaciones internacionales y a las organizaciones no gubernamentales. La Subcomisión también ha pedido a la Comisión que dé tratamiento prioritario al estudio del proyecto y que establezca un grupo intersesional para su consideración.

Tres temas son ilustrativos de los cambios que pueden tener lugar en procesos de elaboración de normas tan largos como éste: la definición de la desaparición forzada, su carácter de crimen de lesa humanidad y el tipo de mecanismo establecido para combatir las “desapariciones”.

*Crimen de lesa humanidad.* Prácticamente todos los textos mencionados más arriba atribuyeron a la desaparición forzada el carácter de crimen de lesa humanidad. Por ejemplo, el proyecto de París en 1981 afirmaba que “*la práctica de la “desaparición forzada o involuntaria” constituye un crimen de lesa humanidad*” y un año más tarde, el proyecto de FEDEFAM enunciaba que “*el desaparecimiento forzado de personas constituye un delito de derecho internacional y un crimen de lesa humanidad*”. El proyecto de declaración elaborado en Bogotá afirmó que “*las desapariciones forzadas o involuntarias de personas constituyen crímenes de lesa humanidad que todos los Estados deben comprometerse a prevenir sancionar, sin excepciones de ninguna naturaleza*”. Los textos también contienen disposiciones que listan las consecuencias jurídicas de tal declaratoria: imprescriptibilidad, establecimiento de jurisdicción universal, etc.

A nivel intergubernamental los antecedentes de este enfoque datan de 1983 cuando la Asamblea General de la OEA declaró que la desaparición forzada era “*una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad*”. En 1984 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió una declaración similar. Las enfáticas declaraciones de estos órganos no distinguían entre las diferentes modalidades de la desaparición forzada (por ejemplo si se trataba de un fenómeno masivo o sistemático) para establecer la categoría de

crimen de lesa humanidad. Sin embargo, durante los procesos de redacción de los instrumentos legales sobre "desapariciones" este principio fue objeto de controversia en más de una oportunidad.

Por ejemplo, en 1992 un texto intermedio de la convención de la OEA excluyó el concepto aun cuando la Asamblea General había declarado sin interrupción y hasta 1990, que la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad. Esto generó reacciones por la parte de varios Estados miembros y de la CIDH, que lograron reincorporar el concepto. El texto finalmente adoptado confirma que "*la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad*" pero lo hace en el Preámbulo, en vez de ubicarlo en el cuerpo del tratado.

En la Declaración de Naciones Unidas el texto fue originalmente incluido por la Subcomisión en el cuerpo del proyecto. Esto encontró fuertes resistencias por parte de algunos Estados. El concepto fue trasladado entonces al Preámbulo donde además se lo calificó al decir que la práctica sistemática de la desaparición forzada "*representa un crimen de lesa humanidad*". El significado del término "representa" no está claro en cuantos a sus alcances jurídicos, aunque lo cierto es que no todas las consecuencias jurídicas del crimen de lesa humanidad fueron incluidas en el texto de la Declaración; en particular la jurisdicción universal para el juzgamiento de las desapariciones

forzadas sólo está contemplada en su forma permisiva.

El proyecto de **Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional** de 1996 incorporó a la desaparición forzada de personas como un crimen de lesa humanidad.

Finalmente, el **Estatuto de la Corte Penal Internacional** adoptado en Roma en 1998 incluye a la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, posiblemente cerrando de esta manera el debate en Naciones Unidas. La desaparición forzada de personas será entonces un crimen de lesa humanidad, de acuerdo al Estatuto, "*cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*".

*La Definición* ha sido uno de los temas más debatidos. Durante los diferentes procesos de redacción autores prestigiosos como el Profesor Sir Nigel Rodley señalaron las dificultades que conlleva el obtener una definición que abarque todos los elementos constitutivos de la desaparición forzada y la distinga de otros tipos de privación de libertad, incluyendo algunas de las formas más graves de la detención arbitraria prolongada. En efecto, una detención arbitraria prolongada si bien constituye una violación grave de los derechos humanos no alcanza la magnitud de la desaparición forzada. La definición de este crimen

complejo, que encierra una sucesión de actos delictuales, algunos de los cuales tienen por objeto el ocultar el fenómeno mismo, resulta escurridiza. Luego de aquella amplísima definición adoptada en el Coloquio de París en 1981, el texto de FEDEFAM introdujo por primera vez el concepto de “ocultamiento de paradero” en la definición. Este proyecto también optó por una definición que limitaba el carácter de las víctimas únicamente a los opositores políticos.

El proyecto de declaración elaborado en Bogotá no brindó una definición de “desaparición” pero sí enumeró los requisitos que una definición debería llenar para ser efectiva. La declaración llamaba al establecimiento de categorías amplias en la calificación de las víctimas, respecto de los métodos de ejecución y de las intenciones detrás de las desapariciones forzadas. También se contemplaba una amplia categorización de los responsables del crimen. En 1988 el texto del proyecto de Convención de Buenos Aires retomó estas ideas y propuso definiciones alternativas y amplias del concepto de “desaparición”, pero reteniendo los elementos que hacen de la desaparición forzada una violación un crimen específico.

Durante los procesos de redacción tanto en las Naciones Unidas como en la OEA, en más de una ocasión se discutieron propuestas para el establecimiento de una presunción de muerte del “desaparecido”, para la determinación de un

límite temporal para la detención no reconocida (después de transcurrido el cual, la privación de libertad constituiría “desaparición”) o para incorporar la intención de los perpetradores como elemento del crimen, así como otras fórmulas orientadas a brindar precisión a los textos que definen a la “desaparición”.

Los gobiernos que participaron en la redacción de la Declaración de 1992 prefirieron preparar una “descripción de trabajo” situada en el Preámbulo y el Grupo de Trabajo de la Comisión aclaró durante el proceso de redacción de este instrumento que una definición no era indispensable para que el Grupo pudiera cumplir con su mandato. La descripción del Preámbulo de la Declaración se refiere a las desapariciones forzadas como actos por los que *“se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”*.

La Convención Interamericana contiene una definición cercana a la descripción de trabajo de la Declaración, pero agrega una referencia a la imposibilidad de ejercer recursos legales y garantías

procesales por parte de la víctima: "... 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".

El Estatuto de Roma por su parte, recoge una fórmula cercana a la de la Declaración pero agrega a la intención de los perpetradores un elemento temporal, esto es, que deben tener la intención de sus traer a la víctima de la protección de la ley "por un periodo prolongado".

La definición del Estatuto de Roma dice que la desaparición forzada se configura por 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 periodo prolongado." Esta definición amplía el concepto al incorporar a los miembros de organizaciones políticas como sujetos activos potenciales del crimen.

En cualquier caso, si como esperamos

la Comisión de Derechos Humanos resuelve ir adelante con la elaboración de una Convención universal, el tema de la definición se presentará nuevamente y será necesario armonizar el texto actual con los últimos avances que han tenido lugar en el marco del derecho internacional.

**Los Mecanismos.** Este es tema de singular importancia dado que la eficacia de los instrumentos internacionales depende en gran medida del mandato y la calidad de los mecanismos encargados de vigilar su puesta en práctica por parte de los Estados. Dadas las particularidades de la práctica de la desaparición forzada, tradicionalmente se han concebido una serie de funciones para los mecanismos de control, a saber: una función cuasi-jurisdiccional que incluiría quejas individuales o interestatales, una función de investigación sobre casos individuales o situaciones específicas donde se presenta la desaparición forzada así como una función de prevención en casos urgentes en los cuales se requiere un procedimiento similar al un *habeas corpus* internacional. Finalmente, se han incluido las tradicionales funciones de control administrativo del tratado a través del examen de los informes periódicos de los Estados. Algunas de la iniciativas agregaron también la función de la creación y mantenimiento de un registro internacional sobre "desaparecidos". Además un mecanismo de control debería poder visitar aquellos países donde surgen las preocupaciones más agudas.

El proyecto de Convención elaborado por la Orden de Abogados de París en 1980 concebía dos órganos de control -una Comisión y un Comité- encargados del examen de informes de países y del tratamiento de denuncias individuales respectivamente. Esta misma idea que permite a un comité ejercer el recurso de *habeas corpus* en casos individuales, y de una comisión que abordaría el fenómeno de las "desapariciones" en general, fue incluida en el anteproyecto que se discutió en el coloquio de Buenos Aires, aunque los textos posteriores parecen preferirieron la concentración de todas las funciones en un solo mecanismo.

El proyecto de Convención preparado por FEDEFAM por su parte, no contemplaba órganos de control, pero anticipaba la existencia de un tribunal penal internacional para cumplir con la tarea específica de represión del crimen de desaparición forzada.

Lamentablemente, el texto final de la Convención Interamericana de 1994 no

reflejó los mecanismos de protección internacionales que había concebido la Comisión Interamericana en su texto original de 1988. En efecto, el proyecto de la Comisión contemplaba la posibilidad de involucrar a la Corte Interamericana en el caso de gobiernos remisos a colaborar, e incluso la convocatoria de la reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, si la Comisión constataba la existencia de un cuadro de desapariciones sistemático y deliberado.

En las discusiones relacionadas al sistema de Naciones Unidas se han hecho esfuerzos para coordinar la idea de un mecanismo, esencial para brindarle eficacia a una Convención, con la existencia del Grupo de Trabajo de la Comisión que cumple funciones primordialmente humanitarias y depende de la invitación de los Estados para efectuar sus visitas. También en este caso será necesario armonizar el texto actual y tener en cuenta las distintos requerimientos de la lucha contra la desaparición forzada de personas.

# El Proyecto de Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

Federico Andreu-Guzmán<sup>1</sup>

*“el fenómeno de las desapariciones forzadas [...] es la peor de todas las violaciones a los derechos humanos. Es, ciertamente, un desafío al concepto mismo de estos derechos, la negación del derecho para el ser humano a tener una existencia, una identidad. La desaparición forzada transforma al ser en un no-ser. Es la corrupción última, el abuso de poder que permite a los responsables transformar la ley y el orden en algo irrisorio y cometer crímenes infames”<sup>2</sup>.*

NIALL MAC DERMOT (q.e.p.d)

Estas palabras, pronunciadas en 1981 por el Secretario General de la Comisión Internacional de Juristas, en el primer coloquio internacional sobre desapariciones forzadas, siguen hoy día de tremenda vigencia y actualidad. Ciertamente, en los últimos 20 años se han registrado importantes progresos, tanto a nivel universal como regional, para combatir la práctica de la desaparición forzada. En 1980, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció el Grupo de Trabajo sobre Des-

apariciones Forzadas o Involuntarias<sup>3</sup>. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, en 1992, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>4</sup>. En 1994, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>5</sup>. También a nivel nacional se registraron algunos avances. En la década de los años noventa, algunos Estados incorporaron en sus Constituciones políticas

<sup>1</sup> Consejero Jurídico para América Latina y el Caribe de la Comisión Internacional de Juristas.

<sup>2</sup> *Le Refus de l'oubli - La politique de disparition forcée de personnes - Colloque de Paris, janvier - février 1981*, Ediciones Berger-Levrault, París 1981, pág. 35 (original en francés, traducción libre).

<sup>3</sup> Resolución 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980.

<sup>4</sup> Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>5</sup> La Convención entró en vigor el 28 de marzo de 1996, y a marzo de 2001, 8 Estados eran Partes en la Convención.

cláusulas prohibiendo la práctica de la desaparición forzada<sup>6</sup> o tipificaron en su legislación penal este delito<sup>7</sup>.

No obstante estos avances, las respuestas del derecho internacional al grave fenómeno de la desaparición forzada siguen siendo ampliamente insuficientes. Hoy, para contribuir a erradicar las desapariciones forzadas y su impunidad, principal factor que alienta la persistencia de esta práctica, se requiere de un instrumento jurídicamente vinculante, como una convención, para enfrentar de manera efectiva e integral este flagelo.

## I. La desaparición forzada y el derecho internacional

### A. El fenómeno de las desapariciones forzadas

La desaparición forzada de personas es un fenómeno grave y complejo. Como violación a los derechos humanos es un fenómeno *sui generis*, en tanto por su

carácter pluriofensivo y continuado como por la pluralidad de víctimas. Pero asimismo, la desaparición forzada constituye un crimen bajo el derecho internacional. Lamentablemente, como lo ilustran los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, la desaparición forzada no es patrimonio exclusivo de una región del mundo ni una práctica del pasado.

El derecho internacional ha considerado que la desaparición forzada constituye una de las más graves violaciones a los derechos fundamentales del ser humano, así como un "ultraje a la dignidad humana"<sup>8</sup> y una "grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana"<sup>9</sup>. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha reiteradamente afirmado que la desaparición forzada "constituye una afrenta a la dignidad humana, una violación grave y flagrante de los derechos humanos y libertades fundamentales [...] y una violación del derecho internacional"<sup>10</sup>. La jurisper-

<sup>6</sup> Ver por ejemplo, las Constituciones de Colombia (artículo 12), de Ecuador (artículo 23), de Paraguay (artículo 5) y de Venezuela (artículo 45). Es de destacar que Argentina, mediante la Ley N° 24.820 de 30 de abril de 1997, le dio jerarquía constitucional a esta Convención.

<sup>7</sup> Este es el caso de Colombia, Guatemala, Paraguay, Perú y Venezuela. En Bélgica, una ley permite reprimir la práctica a gran escala o sistemática de la desaparición forzada, o sea cuando ésta constituye crimen de lesa humanidad. Aun cuando el texto legal no emplea la locución "desaparición forzada" incrimina la "privación grave de libertad física en violación de las disposiciones fundamentales del derecho internacional" (Ley del 10 de febrero de 1999 relativa a la represión de infracciones graves al derecho internacional humanitario, artículo 3).

<sup>8</sup> Artículo 1° de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<sup>9</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Preámbulo, párrafo 3.

<sup>10</sup> Resolución 49/193 de la Asamblea General, adoptada el 23 de diciembre de 1994. En ese mismo sentido ver las resoluciones 51/94 de 12 de diciembre de 1996 y 53/150 de 9 de diciembre de 1998.

dencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos coinciden en calificar la desaparición forzada como una grave violación a los derechos humanos<sup>11</sup>. Con certeza, el profesor Dalmo Abreu Dallari señalaba que la desaparición forzada es “uno de los crímenes más graves que puede cometerse contra un ser humano”<sup>12</sup>.

La desaparición forzada no constituye una simple violación a los derechos humanos. Esta práctica viola numerosos derechos humanos, muchos de ellos inderogables en todo tiempo, como expresamente lo han reconocido la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La naturaleza de violación múltiple de derechos humanos de la desaparición forzada ha sido reiteradamente reconocida por la Corte Interamericana de De-

rechos Humanos<sup>13</sup>. La jurisprudencia y la doctrina internacionales ha reiteradamente señalado que la desaparición forzada constituye *per se* una violación de los derechos a la seguridad de la persona; a la protección de la ley; a no ser privado arbitrariamente de su libertad; al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano; y a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Un elemento que caracteriza la desaparición forzada, es que esta práctica sustrae al individuo de la protección de la ley<sup>14</sup>. Esta naturaleza específica de la desaparición forzada, y así nos lo indica la realidad, tiene como consecuencia suspender el goce de todos los derechos del desaparecido y colocar a la víctima en una situación de indefensión total. Como bien lo describió Alejandro Artucio, “el desaparecido, al que las autoridades niegan haber detenido, no puede lógicamen-

<sup>11</sup> En lo que respecta al Comité de Derechos humanos, ver por ejemplo, la decisión de 29 de marzo de 1982, Comunicación N° 30/1978, Caso *Bleier Lewhoff y Valiño de Bleier c. Uruguay*; y las *Observaciones finales - Burundi*, de 3 de agosto 1994 (documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.41, párr. 9). Igualmente se puede citar en esta materia, entre otros, la Sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, párrafo 41.

<sup>12</sup> *Le Refus de l'oubli* ..., Op. Cit., pág. 90 (original en francés, traducción libre).

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 155; Caso *Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 163; Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, Sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 147; y Caso *Blake*, Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 65.

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, el párrafo 3° del Preámbulo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. En igual sentido, ver el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el artículo 7 (2) (i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

te ejercer sus derechos, ni tampoco invocar recurso alguno”<sup>15</sup>. Ello se torna aún más grave si consideramos que la desaparición forzada es una violación de derechos humanos y un crimen de carácter continuado o permanente.

Pero el desaparecido no es la única víctima de la desaparición forzada. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, a la luz de su experiencia, ha concluido que son víctimas también los familiares del desaparecido, pues quedan sometidos a una “incertidumbre angustiada”, así como otros parientes y dependientes del desaparecido, de tal suerte que existe un “amplio círculo de las víctimas de una desaparición”<sup>16</sup>. Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la desaparición forzada “[a]fecta, asimismo a todo el círculo de familiares y allegados que esperan meses y a veces años alguna noticia sobre la suerte de la víctima”<sup>17</sup>. No huelga recordar que frecuentemente la desaparición forzada está asociada a formas no sólo ilegales de proceder de la autoridad pública sino, fundamentalmente, a formas clandestinas y,

generalmente, asociadas a modalidades de terror. El sentimiento de inseguridad que genera esta práctica, no sólo entre familiares y allegados del desaparecido, se extiende a las comunidades o colectividades a las que pertenece el desaparecido y a la sociedad misma. Con acierto, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias concluyó que las desapariciones forzadas tienen también efectos devastadores en las sociedades en la que se practican<sup>18</sup>. Esta misma constatación fue hecha por la XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al recordar que las desapariciones forzadas causaban no sólo grandes sufrimientos a los familiares del desaparecido “sino también a la sociedad”<sup>19</sup>. Así, la desaparición forzada no se resume a una suma de derechos humanos violados, pues su práctica -sea sistemática o no, masiva o no- crea un clima de terror tanto en el núcleo familiar del desaparecido así como en las colectividades y comunidades a las que éste pertenece.

Hoy día, está claramente reconocido que la desaparición forzada constituye

---

<sup>15</sup> Alejandro Artucio, “la disparition instrument ou moyen pour d’autres violations des droits de l’homme”, en *Le Refus de l’oubli ...*, Op. Cit., pág. 106 (original en francés, traducción libre).

<sup>16</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1990/13, párr. 339.

<sup>17</sup> *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1978*, OEA/Ser.L/II.47, doc. 13 rev. 1, de 29 de junio de 1979, pág. 23. En ese mismo sentido, ver *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1980 - 1981*, OEA/Ser.G, CP/doc.1201/1981, de 20 de octubre de 1981, pág. 113.

<sup>18</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1985/15, párr. 291.

<sup>19</sup> XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Manila, 1981, Resolución II “Desapariciones forzadas o involuntarias”.

una forma de tortura para los familiares del desaparecido. La Asamblea General de las Naciones Unidas expresó, en 1978, su conmoción por “la angustia y el pesar que esas [desapariciones forzadas] causan a los familiares de las personas desaparecidas, especialmente a los cónyuges, los hijos y los padres”<sup>20</sup>. El reconocimiento de la angustia, la pena y los graves sufrimientos a que son sometidos los familiares del desaparecido por el hecho mismo de la desaparición forzada, ha sido hoy traducido normativamente. Así, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas expresamente establece que “[t]odo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos,

lo mismo que a su familia”<sup>21</sup>. Esta realidad ha sido constatada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones<sup>22</sup>, la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>23</sup>, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>24</sup> y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>25</sup>.

La desaparición forzada no solamente es una grave y múltiple violación a los derechos fundamentales, sino también un crimen internacional. En 1983, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en una trascendental resolución declaraba que la práctica de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad<sup>26</sup>. La Asamblea General reiteraría esta calificación en posteriores resoluciones<sup>27</sup>.

<sup>20</sup> Resolución 33/173 “Personas desaparecidas”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1978. En ese mismo sentido ver, por ejemplo, las Resoluciones 43/159 de 1988, 44/160 de 1990, 46/125 de 1991 y 47/132 de 1992 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>21</sup> Artículo 1 (2) de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<sup>22</sup> Comité de Derechos Humanos: decisión de 21 de julio de 1983, Comunicación 107/1981, Caso *María del Carmen Almeida de Quinteros* (Uruguay), párr. 14; decisión de 25 de marzo de 1996, comunicación 542/1993, Caso *Katombe L. Tshibimbi* (Zaire), CCPR/C/56/542/1993, párr. 5.5; decisión de 25 de marzo de 1996, comunicación 540/1996, Caso *Ana Rosario Celis Laureano*, (Perú), CCPR/C/56/540/1993, párr. 8.5. En ese mismo sentido ver *Observaciones Finales - Argelia* (CCPR/C/79/Add.95, de 18 de agosto de 1998 párr. 10) y *Observaciones Finales - Uruguay* (CCPR/C/79/Add.90).

<sup>23</sup> Ver, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de mayo, Caso N° 15/1997/799/1002, *Kurt c. Turquía*;

<sup>24</sup> Ver, entre otros, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1977-1978*, OEA/Ser.L/V/II.43, doc.21, corr.1, pág. 24; e *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, 1980, documento de la OEA OEA/Ser.L/V/II/49, doc. 19, pág. 59.

<sup>25</sup> Ver, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de enero de 1998, Caso *Blake c. Guatemala*, párr. 116.

<sup>26</sup> Resolución AG/RES. 666 (XIII-0/83), adoptada el 18 de noviembre de 1983 párr. 4.

<sup>27</sup> Ver las Resoluciones AG/RES. 742 (XIV-0/84), adoptada el 17 de noviembre de 1984, párr. 4; AG/RES. 950 (XVIII-0/88), de 19 de noviembre de 1988, párr. 4; AG/RES. 1022 (XIX-0/89), de 10 de noviembre de 1989, párr. 7); y AG/RES. 1044 (XX-0/90), de 8 de junio de 1990, párr. 6.

Hoy día, el derecho internacional sólo califica la desaparición forzada de crimen de lesa humanidad cuando ésta es cometida en el marco de una práctica sistemática o a gran escala<sup>28</sup>. No obstante, es innegable que la desaparición forzada es un crimen bajo el derecho internacional. Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha calificado la desaparición forzada como violación del derecho internacional y un crimen que debe ser castigado por el derecho penal<sup>29</sup>. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas habilita a todo Estado parte a ejercer su jurisdicción penal frente a todo presunto autor de una desaparición forzada que se encuentre en su territorio, independientemente de su nacionalidad, la de la víctima o del lugar de comisión del delito<sup>30</sup>. Igualmente, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas habilita a los Estados a lle-

var ante la justicia a todo presunto autor que se halle bajo su jurisdicción. Hoy día, no hay duda alguna de que la desaparición forzada es ilícito penal internacional, reconocido tanto por el derecho internacional consuetudinario como el derecho convencional<sup>31</sup>. No huelga destacar que la Asamblea General de las Naciones Unidas, al adoptar la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, recordaba la importancia de elaborar “un instrumento que haga de todos los actos de desaparición forzada delitos de extrema gravedad y establezca normas destinadas a castigarlos y prevenirlos”<sup>32</sup>.

### *B. Respuestas insuficientes del derecho internacional*

A pesar de que la desaparición forzada es reconocida como una de las más graves violaciones a los derechos funda-

---

<sup>28</sup> En este sentido ver *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento de las Naciones Unidas Suplemento N° 10 (A/51/10), págs. 100 a 111; la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (preámbulo); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Preámbulo); y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7.

<sup>29</sup> Resolución 49/193 de la Asamblea General, adoptada el 23 de diciembre de 1994. En ese mismo sentido ver las resoluciones 51/94 de 12 de diciembre de 1996 y 53/150 de 9 de diciembre de 1998.

<sup>30</sup> Artículo IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

<sup>31</sup> Ver al respecto O. de Frouville, “Les disparitions forcées”, en H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, *Droit international pénal*, CEDIN - Paris X, Editions A Pedone, Paris 2000, págs. 377 y siguientes; Nigel Rodley, *The treatment of prisoners under international law*, Clarendon Press - Oxford, Second Edition, 1999, págs. 266-269; Kai Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional*, Ed. Ad Hoc, 2º edición, Buenos Aires, 1999, pág. 113 y siguientes; y *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Ediciones APDH, Buenos Aires 1988.

<sup>32</sup> Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992.

mentales y un crimen de derecho internacional, y que su práctica persiste en diferentes regiones del mundo, no existe un tratado internacional con vocación universal que permita enfrentar este grave fenómeno. Hoy día, el sistema universal de derechos humanos no dispone de un tratado que tenga una definición del delito de desaparición forzada y que establezca las obligaciones en materia de prevención, investigación y represión de esta práctica. Aun cuando muchas de estas obligaciones ya están definidas en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, no huelga recordar que este instrumento no es vinculante jurídicamente.

Ciertamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege la mayoría de los derechos violados con la desaparición forzada. Pero el Pacto no establece obligaciones específicas en materia de prevención, investigación, represión y cooperación internacional necesarias para combatir esta práctica. Así por ejemplo, el Pacto no consagra las obligaciones de tipificar la desaparición forzada como delito en su legislación interna; de ejercer la jurisdicción penal territorial y extra-territorial respecto de presuntos autores de ese delito; de mantener registros de detenidos; de prevenir y reprimir el robo de niños nacidos durante el cautiverio de su madre desaparecida.

Es innegable que el Estatuto de Roma permitirá en el futuro la represión de la desaparición forzada por un tribunal internacional. Pero es igualmente cierto, que la Corte Penal Internacional sólo podrá reprimir esta conducta cuando sea cometida "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil"<sup>33</sup>, o sea cuando sea un crimen de lesa humanidad. A todas luces, el Estatuto de Roma es insuficiente para enfrentar el problema de la desaparición forzada. Por una parte, el Estatuto de Roma no aborda el problema de la desaparición forzada cuando ésta no es un crimen de lesa humanidad, o sea cuando es practicada fuera de "un ataque generalizado o sistemático contra la población civil". La realidad nos enseña que un inmenso número de desapariciones forzadas se dan fuera de una práctica sistemática o a gran escala. Estas desapariciones forzadas quedarán por fuera del marco de competencia de la futura Corte Penal Internacional. Por otra parte, el Estatuto de Roma no establece las obligaciones específicas para la prevención, la investigación y la represión a nivel doméstico de la desaparición forzada. Así por ejemplo, en materia de represión de la desaparición forzada a nivel nacional, el Estatuto de Roma no contiene la obligación de tipificar la desaparición como delito en la ley nacional.

Uno de los mayores vacíos del dere-

<sup>33</sup> Artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

cho internacional es la ausencia de una respuesta al grave fenómeno de la apropiación de niños nacidos durante el cautiverio de su madre desaparecida y/o de su adopción. El fenómeno es de inusitada gravedad, como lo señalara un fallo argentino: "están en juego aquí los derechos y garantías de los niños, el derecho a la vida en dignidad, a evitar que alguien indefenso sea despojado de su singularidad como persona, el derecho inalienable de cualquier individuo a conocer la verdad de su propia historia y a crecer entre los suyos; y los derechos de éstos a tener en el seno familiar a sus indefensos descendientes"<sup>34</sup>. El problema es complejo. A veces, las familias de adopción ignoran el hecho de que los niños han sido sustraídos violentamente a sus padres. En otras ocasiones, estas familias conocen estas circunstancias o, incluso, son los mismos autores de la desaparición forzada de los padres<sup>35</sup>. Esta práctica tiene dimensiones internacionales, pues a veces las familias de adopción provienen

de otros países o, habiendo participado a la sustracción del menor, se radican en el extranjero posteriormente. A pesar de que esta práctica es considerada como una grave violación a los derechos humanos<sup>36</sup>, hoy día existe una gran laguna en esta materia y no se cuenta con un instrumento universal y jurídicamente vinculante que permita enfrentar este flagelo. Ciertamente existen algunos instrumentos, como el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños<sup>37</sup>, pero éstos sólo permiten responder muy parcialmente a algunos aspectos de este grave problema. En el ámbito regional, aunque la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aborda este grave fenómeno<sup>38</sup>, este tratado no da suficientes respuestas a todos los problemas que plantea esta grave práctica. La apropiación de niños nacidos durante el cautiverio de padres desaparecidos y su adopción no es un fenómeno del pasado ni una práctica circunscrita a algunos

<sup>34</sup> Sentencia de Primera Instancia del Juez Federal Juan M. Ramos Padilla, de 19 de enero de 1988, en la Causa N° 6681.

<sup>35</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a solicitud de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, realizó un profundo estudio acerca de esta práctica en Argentina durante el periodo dictatorial. Ver al respecto "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", en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1987-1988*, Documento OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev. 1, de 16 de septiembre de 1988, págs.349 y siguientes.

<sup>36</sup> Ver por ejemplo, "Estudio sobre la situación de los hijos menores de personas desaparecidas...", doc. cit. y la decisión del Comité de Derechos Humanos de 3 de abril 1995, Caso *Monáco y Vicario* (Argentina), Comunicación N° 400/1990.

<sup>37</sup> El Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980.

<sup>38</sup> Artículo XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

países y su persistencia sigue siendo motivo de preocupación de la Comunidad internacional<sup>39</sup>.

En ese contexto, es evidente que las respuestas existentes, hasta ahora, en el derecho internacional convencional para enfrentar y combatir esta práctica odiosa y criminal de la desaparición forzada son insuficientes. Dada la extrema gravedad que reviste la desaparición forzada y el vacío del derecho internacional convencional, resulta urgente e impostergable, que la Comunidad internacional se dote de una Convención internacional contra las desapariciones forzadas. Esta permitiría abordar la desaparición forzada en todas sus dimensiones y de manera global, señalando de manera clara e inequívoca las obligaciones en materia de prevención, investigación, represión de la desaparición forzada, de cooperación internacional y brindando una respuesta al grave fenómeno de la apropiación de niños nacidos durante el cautiverio de su madre desaparecida y la adopción de estos niños. Con todo, una Convención internacional contra las desapariciones forzadas aumentaría sustantivamente el umbral de protección respecto de esta práctica.

## II. El Proyecto de Convención

Desde 1999, la Comisión de Derechos

Humanos de las Naciones Unidas dispone de un proyecto de Convención sobre las desapariciones forzadas. Se trata del «Proyecto de Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas» (en adelante Proyecto de Convención), adoptado en 1998 por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos<sup>40</sup>. El proyecto fue elaborado por el Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia de esta Subcomisión, luego de cuatro años de trabajo y varias reuniones de consulta con expertos de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales<sup>41</sup>.

El Proyecto de Convención consta de un preámbulo y de tres partes. La Primera Parte, artículos 1 a 24, contiene las disposiciones sustanciales relativas a la definición del crimen de desaparición forzada y las obligaciones en materia de prevención, investigación, represión, cooperación internacional y reparación así como distintas cláusulas de salvaguarda. La Segunda Parte, artículos 25 a 33, contiene las disposiciones relativas al órgano de control y a los procedimientos internacionales de vigilancia y protección. Finalmente, la Tercera Parte, artículos 34 a 39, se refiere a la “economía del tratado”. El Proyecto de Convención esta principalmente basado en

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, las Resoluciones 53/150 de 1998 (párrafo 14) y 51/94 de 1996 (párrafo 14) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>40</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1998/19, Anexo.

<sup>41</sup> Ver al respecto documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1998/19, párrafos 10 a 15.

la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Pero el Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia tuvo en cuenta la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes y otros instrumentos internacionales así como la doctrina del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias<sup>42</sup>.

### *A. Disposiciones sustanciales*

#### 1. Definición y caracterización de la desaparición forzada

##### a) Definición de la desaparición forzada en el Proyecto de Convención

El Proyecto de Convención establece, en su artículo 1, la siguiente definición de desaparición forzada:

“la privación de libertad de una persona, cualesquiera fueren su forma o motivación, causada 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 denegación de informa-

ción o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida”.

El Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia, al proponer esta redacción, se inspiró en la definición de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>43</sup>, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>44</sup> y los criterios enunciados por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias<sup>45</sup>. La definición del Proyecto de Convención responde al carácter complejo del crimen de desaparición forzada, y retoma sus dos elementos concurrentes y característicos: la privación de libertad y su no reconocimiento oficial, a través de la disimulación de la suerte o paradero del desaparecido. La definición no entra a calificar la naturaleza legal, arbitraria o ilegal de la privación de libertad. De ahí la fórmula empleada “cualquiera fuere su forma”. Respecto del segundo núcleo de la conducta -el no reconocimiento oficial- la definición incorpora alternativamente varias tipos de comportamientos, que pueden ser tanto activos como pasivos.

El Proyecto de Convención contiene una definición del autor de desaparición forzada, o sujeto activo del crimen,

<sup>42</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1996/16, párrafos 38 y siguientes.

<sup>43</sup> Artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

<sup>44</sup> Párrafo 3º del Preámbulo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<sup>45</sup> Ver documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1988/19, párr. 17.

que abarca tanto a agentes del Estado como al "agente estatal indirecto", o sea particulares que cometen este crimen con la autorización, aquiescencia o complicidad de agentes estatales. El Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia no incluyó el tema de la autoría de agentes no estatales, sin ningún vínculo con el Estado. Estos no fueron incorporados en la definición por las dificultades aún no resueltas en el derecho internacional sobre este tema. El Grupo de Trabajo convino que esto debía objeto de un trato separado en otro instrumento internacional<sup>46</sup>. No obstante, la Subcomisión al adoptar el Proyecto de Convención decidió hacer un reenvío al derecho nacional y otros instrumentos internacionales<sup>47</sup>.

En cuanto a la "motivación" o intencionalidad, elemento subjetivo del crimen, la definición abarca todas las hipótesis: motivos políticos, raciales, étnicos, o religiosos; desapariciones forzadas por razones de "limpieza social"; y el "abuso de poder". La práctica nos enseña que son varios y diversos los motivos de los autores de este odioso crimen. En algunos países, por ejemplo, la desaparición forzada ha tenido como víctimas indigentes, pequeños ladrones callejeros y

niños de la calle con claros propósitos de "limpieza social". En otros se han registrados casos de desaparición forzada por homonimia. De allí que la fórmula empleada "cualquiera fueren su [...] motivación" resulta apropiada.

De esta manera, la definición propuesta por el Proyecto de Convención, permite abarcar todas las conductas y modalidades de desaparición forzada, así como todos los sujetos activos y pasivos del crimen.

Es importante indicar que la definición propuesta por el Proyecto de Convención no incluyó, como un elemento constitutivo del crimen, la referencia a la imposibilidad de ejercer los recursos y garantías, contenida en Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>48</sup>. La omisión de este elemento radicó en la consideración de que la indefensión jurídica, la imposibilidad de ejercer los recursos legales en la que se encuentra la víctima de una desaparición forzada, es más una consecuencia inherente de la acción delictiva que un elemento en sí mismo de la conducta.

Finalmente, el Proyecto de Convención reprime varias conductas conexas

<sup>46</sup> Ver documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1996/16, párr. 46 y E/CN.4/Sub.2/1998/19, párr. 22.

<sup>47</sup> Ver el párrafo 2 del artículo 1º del Proyecto de Convención.

<sup>48</sup> Se trata de la parte final del artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que reza así: "con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

con la práctica de la desaparición. Así el artículo 2º incrimina la instigación, auxilio, incitación, conspiración, colusión y tentativa de desaparición forzada así como el encubrimiento del delito de desaparición forzada. Esta disposición sigue la técnica de incriminación directa empleada por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio<sup>49</sup>. Igualmente, el artículo 2º reprime la omisión del deber legal de actuar para evitar una desaparición forzada, estableciendo así la figura del delito de “comisión por omisión” o “delito omisivo”. Esta figura está inspirada esencialmente de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas así como de la evolución del derecho penal internacional en materia de responsabilidad de la responsabilidad de los mandos jerárquicos<sup>50</sup>.

b) La definición del Proyecto de Convención y el Estatuto de Roma

La definición del crimen de desaparición forzada del Proyecto de Convención fue elaborada y adoptada<sup>51</sup> antes de que fuera adoptado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que contiene asimismo una definición de este

crimen<sup>52</sup>. Si bien ambas definiciones tienen en común los dos elementos característicos de la desaparición forzada -privación de libertad seguida de la disimulación de la suerte o paradero del desaparecido-, difieren en tanto que el Estatuto de Roma incorporó dos elementos adicionales. Es así como la definición del Estatuto de Roma contiene adicionalmente un elemento subjetivo -“con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley”- y un elemento temporal -“por un periodo prolongado”. El propósito de incorporar estos dos elementos en la definición del Estatuto de Roma, obedeció a la necesidad de brindar dos criterios para distinguir el crimen de desaparición forzada de otras formas de privación de libertad que no constituyen desaparición forzada, como por ejemplo la incomunicación y formas de detención arbitraria. Ciertamente, la referencia a la sustracción de la protección de la ley en el Estatuto de Roma está regulada en términos distintos a su regulación en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Mientras que la Convención Interamericana incorpora este tópico como un elemento material del delito<sup>53</sup>, el Estatuto de Roma lo incorpora como un elemento subjetivo o

<sup>49</sup> Artículo III de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

<sup>50</sup> Este principio ha sido reconocido desde larga data. Dentro de los desarrollos recientes en la materia cabe citar el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (artículo 7, 3), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 6,3) y el Estatuto de Roma (art. 28).

<sup>51</sup> Ver documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1996/16, párr. 46 y E/CN.4/Sub.2/1998/19, párr. 22.

<sup>52</sup> Ver el artículo 7.2(i) del Estatuto de Roma.

<sup>53</sup> De acuerdo con el art. II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (“[...] con lo cual se impide el ejercicio de recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”).

intencional<sup>54</sup>. El tratamiento dado a este elemento por el Estatuto de Roma puede resultar apropiado para diferenciar la desaparición forzada de otras conductas que implican una privación de libertad.

El segundo elemento retenido en la definición del Estatuto de Roma, a saber "por un periodo prolongado de tiempo", resulta ciertamente vago. La noción de "periodo prolongado" debe mirarse en relación con el periodo de tiempo que debe mediar entre la privación de libertad de una persona y su puesta a disposición de un juez u otra autoridad competente. Este periodo de tiempo no está definido, en términos de plazos concretos, por los estándares internacionales. Los sistemas universal<sup>55</sup>, interamericano<sup>56</sup> y africano<sup>57</sup> de derechos humanos prescriben que toda persona privada de libertad debe ser llevada "sin demora" ante un juez o una autoridad competente, mientras que en el sistema europeo se emplea la locución "sin dilación"<sup>58</sup>. La

jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos no es homogénea, ni precisa, al definir en términos de plazos estas locuciones<sup>59</sup>. La fórmula empleada por el Estatuto de Roma resulta imprecisa y desafortunada, y puede tener como impacto directo reducir el umbral de protección ante el crimen de desaparición forzada. Con todo, en el proceso de examen y adopción del proyecto de Convención, será inevitable realizar un ejercicio tendiente a compatibilizar la definición del proyecto de la Subcomisión y la del Estatuto de Roma.

#### c) Caracterización del crimen de desaparición forzada

Uno de los aspectos que retuvo la atención de la Subcomisión, y fue objeto de debates en el proceso de elaboración del proyecto de Convención, fue el relativo a la caracterización de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad.

<sup>54</sup> De acuerdo con el artículo 7 (2) (i) del Estatuto de Roma, los sujetos activos del crimen de desaparición actúan con «la intención de dejarlas [a los sujetos pasivos del delito] fuera del amparo de la ley».

<sup>55</sup> Artículo 9 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el principio 11 (1) del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión y el Artículo 10 (1) de la Declaración para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<sup>56</sup> Artículo 7 (5) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

<sup>57</sup> Artículo 2 (C) de la Resolución sobre el derecho a proceso debido y a un juicio justo de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

<sup>58</sup> Artículo 5 (3) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

<sup>59</sup> Al respecto ver, por ejemplo, Amnistía Internacional, *Juicios Justos - Manual de Amnistía Internacional*, Ediciones EDAI, Madrid 1998, índice AI: POL 30/02/98/s, pág. 55.

El Proyecto de Convención, en su artículo 3, diferencia la desaparición forzada cometida en un contexto de práctica a gran escala o sistemática y aquella que es cometida fuera de tal contexto. De tal suerte que, si bien la desaparición forzada es incriminada *per se* como un delito internacional, sólo es calificada como crimen de lesa humanidad cuando los actos son cometidos dentro del marco de una práctica a gran escala o sistemática.

Esta diferenciación se basa en la caracterización hecha tanto por la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas como por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como en el desarrollo del derecho penal internacional. Ambos instrumentos, en sus respectivos preámbulos, califican la desaparición forzada de crimen contra la humanidad sólo cuando su práctica es sistemática. No obstante, ninguno de los dos instrumentos considera el carácter de práctica masiva o a gran escala. Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad resultan de gran utilidad en este campo. La Comisión de Derecho Internacional, en 1996, definió el crimen de lesa huma-

nidad como “la comisión sistemática o en gran escala” de una serie de actos, entre los cuales figura la desaparición forzada de personas<sup>60</sup>. La Comisión afirmó que la “condición sistemática o en gran escala” es una de las “dos condiciones generales que deben darse para que alguno de los actos prohibidos constituya un crimen contra la humanidad”<sup>61</sup>. La Comisión consideró igualmente que esta “condición sistemática o en gran escala [...] se compone de dos requisitos alternativos [...] de tal suerte que] un acto podría constituir un crimen contra la humanidad si se diera cualesquiera de esos dos requisitos”<sup>62</sup>. Esta definición sería igualmente retenida por el Estatuto de Roma<sup>63</sup>. Acorde a ello, el artículo 3 del Proyecto de Convención propone alternativamente dos criterios para calificar como crimen de lesa humanidad una desaparición forzada: uno objetivo, la existencia de una práctica a gran escala, y otro, subjetivo, el carácter sistemático de tal práctica.

Desde esta perspectiva, el Proyecto de Convención aborda en dos dimensiones la desaparición forzada: como un crimen internacional y, cuando es cometida dentro de una práctica a gran escala o sistemática, como un crimen de lesa humanidad, o sea un “crimen interna-

<sup>60</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Documento de las Naciones Unidas Suplemento N° 10 (A/51/10), pág. 100.

<sup>61</sup> Ibid., pág. 101.

<sup>62</sup> Ibid., págs. 101-102.

<sup>63</sup> Artículo 7 (1) del Estatuto de Roma

cional calificado". La consecuencia fundamental de este doble tratamiento reside en las consecuencias jurídicas en materia de imprescriptibilidad de la acción penal como de la pena. Pues, de conformidad con el derecho internacional, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra son imprescriptibles *per se*. Pero la imprescriptibilidad no parece ser una característica inherente a los demás crímenes internacionales. En este último campo, sin embargo, hay que registrar una evolución hacia la imprescriptibilidad en materia de graves violaciones a los derechos humanos<sup>64</sup>.

## 2. Represión del delito de desaparición

Dalmo Abreu Dallari señaló con justeza que "la experiencia nos enseña que

las reglas jurídicas de protección del individuo son mucho más eficaces cuando están integradas al derecho interno, y por ello es necesario de inscribir nuevas reglas protectoras en el terreno de los derechos nacionales para dar una respuesta adecuada a los diferentes tipos de crímenes que han surgido en el mundo"<sup>65</sup>. En materia de represión del crimen de desaparición forzada el Proyecto de Convención establece varias obligaciones.

En primer lugar, el Proyecto de Convención establece la obligación de tipificar la desaparición forzada como delito autónomo y con carácter de continuado y permanente, lo que corresponde a la naturaleza grave y continua de la desaparición forzada<sup>66</sup>. Esta disposición es de vital importancia para asegurar que los

<sup>64</sup> Así por ejemplo, el proyecto de "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", en su versión revisada por el Profesor Cherif Bassiouni, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la reparación, se establece la imprescriptibilidad de "las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que sean crímenes internacionales" (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2000/62, Anexo, Principio 7º). A nivel nacional, y en ámbito americano se pueden citar: la Constitución de Ecuador, de 1998, que en su artículo 23 establece que "Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles"; la Constitución del Paraguay, que en su artículo 5, establece que "el genocidio y la tortura, así como la desaparición forzada de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles"; la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, que en su artículo 29 establece la imprescriptibilidad de la acción penal de las «violaciones graves a los derechos humanos», además de los "delitos contra la humanidad» y los crímenes de guerra, y la Constitución de Honduras (1982), que dispone, que tratándose de actos imputables a servidores del Estado, "no hay prescripción en los casos en que por acción u omisión dolosa y por motivos políticos se causare la muerte de una o más personas".

<sup>65</sup> Dalmo Abreu Dallari, "Le crime de disparition", en *Le Refus de l'oubli ...*, Op. Cit., pág. 106 (original en francés, traducción libre).

<sup>66</sup> Artículo 5 del Proyecto de Convención.

tribunales nacionales dispongan de una base legal nacional adecuada para sancionar el delito de desaparición forzada. Esta norma desarrolla el artículo 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada y se conforta en el comentario general que hizo el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias respecto del alcance de este precepto<sup>67</sup>. Si bien se prescribe que se deberá “imponer una pena que tenga en cuenta [la] extrema gravedad” de este crimen, el Proyecto de Convención incluye una salvaguarda que prohíbe sancionar con la pena de muerte a los responsables de desaparición forzada.

El Proyecto de Convención establece reglas de competencia de los tribunales nacionales para reprimir el delito de desaparición forzada, sea a través del ejercicio de la jurisdicción territorial o sea a través del ejercicio de la jurisdicción extra-territorial, en aplicación del principio *aut dedere aut judicare*<sup>68</sup>. Igualmente, se establece la posibilidad de que estos crímenes sean juzgados por un tribunal penal internacional, retomando así la evolución del derecho internacional en la represión de crímenes internacionales. El Grupo de Trabajo sobre Desaparicio-

nes Forzadas o Involuntarias, en sus comentarios al Proyecto de Convención, consideró que “el principio de jurisdicción universal [propuesto en el proyecto] está redactado de manera mucho más clara que en tratados comparables, en particular la Convención contra la Tortura”<sup>69</sup>.

Finalmente, el Proyecto de Convención prevé disposiciones en materia de extradición, cooperación internacional y asistencia recíproca en materia de investigación y procedimientos penales para facilitar la represión del delito de desaparición forzada por tribunales nacionales<sup>70</sup>. Las disposiciones propuestas retoman, con algunas modificaciones, la regulación establecida en la materia por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes<sup>71</sup> y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>72</sup>. Pero el Proyecto de Convención establece también el principio de cooperación internacional con fines humanitarios, esto es, en orden a localizar y rescatar con vida a los desaparecidos o, en caso de fallecimiento, a obtener la restitución de los restos. Esta disposición no tiene precedentes y constituye un elemento de singular importancia.

<sup>67</sup> Ver documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2001/68, párrs. 25 a 32.

<sup>68</sup> Artículo 6 del Proyecto de Convención.

<sup>69</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN. 4/2001/68, Anexo III, pág. 34.

<sup>70</sup> Artículos 7, 8, 12 y 13 del Proyecto de Convención.

<sup>71</sup> Artículos 6 y 9 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>72</sup> Artículos V y VI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

### 3. Salvaguardas contra la impunidad

La impunidad ha sido reiteradamente señalada como uno de los principales factores que alientan la persistencia de la desaparición forzada. Como lo señalara Louis Joinet, "el problema de la desaparición forzada [...] es tanto más grave que los autores tienen la cuasi certeza de no ser castigados"<sup>73</sup>. El Proyecto de Convención prevé varias disposiciones en orden a combatir la impunidad y erradicar las prácticas y factores que le dan origen..

El Proyecto de Convención prohíbe otorgar amnistías u otras medidas similares a los responsables de delitos de desaparición forzada, antes de que estos hayan sido condenados por un tribunal<sup>74</sup>. Este tratamiento del tema no es novedoso: es un desarrollo de la prescripción del artículo 18 (1) de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y es

coherente con la jurisprudencia y doctrina de los órganos internacionales de derechos humanos<sup>75</sup>. No huelga recordar que la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, contiene una cláusula acorde a la cual "los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases del imperio de la ley"<sup>76</sup>.

El Proyecto de Convención precisa la competencia para investigar y juzgar a presuntos autores de delitos de desaparición forzada en los tribunales de derecho común, con exclusión de los tribunales militares. Esta disposición desarrolla las prescripciones de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

<sup>73</sup> Louis Joinet, "Rapport général", en *Le Refus de l'oubli ...*, Op. Cit., pág. 295 (original en francés, traducción libre).

<sup>74</sup> Artículo 17 del Proyecto de Convención.

<sup>75</sup> En lo que respecta al Comité de Derechos Humanos véase, entre otros, *Observación general N° 20 (44) sobre el artículo 7*, así como las "Observaciones y recomendaciones" a Argentina (CCPR/C/79/Add.46;A/50/40, párrafo 144 y CCPR/CO/70/ARG, párrafo 9); a Chile (Documento CCPR/C/79/Add.104, párrafo 7); a Francia (CCPR/C/79/Add.80, párrafo 13); al Líbano (CCPR/C/79/Add.78, párrafo 12); a El Salvador (CCPR/C/79/Add.34, párrafo 7); a Haití (A/50/40, párrafos 224 - 241); a Perú (CCPR/C/79/Add.67, párrafos 9 y 10; y CCPR/CO/70/PER, párrafo 9); a Uruguay (CCPR/C/79/Add.19 párrafos 7 y 11 y CCPR/C/79/Add.90) y a Yemen (A/50/40, párrafos 242 - 265). A nivel del sistema interamericano, cabe destacar la Sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*.

<sup>76</sup> *Conferencia Mundial de Derechos Humanos - Declaración y Programa de Acción de Viena, Junio 1993*, documento de las Naciones Unidas DPI/1394-48164-October 1993-/M, Sección II, párrafo 60, pág. 65.

(artículo 16) y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo IX), así como la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos<sup>77</sup>. No huelga destacar que el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada e Involuntaria concluyó que “los tribunales militares deberían conocer exclusivamente los delitos de naturaleza militar cometidos por los miembros de las fuerzas de seguridad y que las violaciones de derechos humanos tan graves como las desapariciones forzadas deberían ser expresamente excluidas de esta categoría de delitos”<sup>78</sup>.

El artículo 14 del Proyecto de Convención prohíbe otorgar asilo o refugio a autores o presuntos autores de desaparición forzada. Esta disposición desarrolla el artículo 15 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra

las desapariciones forzadas y está en consonancia con instrumentos internacionales existentes<sup>79</sup>. Esta salvaguarda contra la impunidad debe ser interpretada junto con los 6, 7 y 12 del Proyecto de Convención, que imponen la obligación al tercer Estado de ejercer su jurisdicción extra-territorial o de extraditar a toda persona sospechosa de actos de desaparición forzada que se encuentre en su territorio, independientemente de su nacionalidad y la de la víctima así como del territorio donde el delito se haya cometido.

Asimismo, el Proyecto de Convención establece que no se puede invocar la obediencia debida como causal de exoneración de responsabilidad penal o de justificación de los hechos<sup>80</sup>. Esta disposición desarrolla el artículo 6 (1) de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desaparicio-

<sup>77</sup> Ver entre otros, *Observaciones y recomendaciones - Colombia*, CCPR/C/79/Add.76; *Observaciones y recomendaciones - Colombia*, CCPR/C/79/Add.2; *Observaciones y recomendaciones - Egipto*, CCPR/C/79/Add.23; *Observaciones y recomendaciones - Brasil*, CCPR/C/79/Add.66; *Observaciones y recomendaciones - Bolivia*, CCPR/C/CCPR/C/79/Add.74; *Observaciones y recomendaciones - Líbano*, CCPR/C/79/Add.78; y *Observaciones y recomendaciones - Chile*, CCPR/C/79/Add. 104.

<sup>78</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN. 4/1992/18, párrafo 367. En el mismo sentido ver documento de las Naciones Unidas E/CN. 4/1993/25, párrafo 46.

<sup>79</sup> La declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 14 (2)), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (artículo 1 (f)), la Declaración sobre el Asilo Territorial (artículo 1 (2)), el estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Artículo 7 (d)), la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África (Artículo I (5)), y los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o e crímenes de lesa humanidad (Principio 7). Igualmente, ver la Conclusión N° 17 (XXXI) “Problemas de extradición que afectan a los refugiados”, adoptada por el Comité Ejecutivo del programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1980), y el Comunicado de Prensa “El Asilo y su relación con crímenes internacionales” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de octubre de 2000.

<sup>80</sup> Artículo 9 del Proyecto de Convención.

nes forzadas. Este principio de larga data fue reiterado, en materia de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, por los Estatutos y las Sentencias de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio así como por numerosas sentencias de los Tribunales aliados, después de la Segunda Guerra Mundial. La Resolución 95 (I) de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas consagró los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia de este Tribunal. La Comisión de Derecho Internacional, al codificar estos principios, dispuso que, tratándose de un acto constitutivo de un crimen de derecho internacional, "el hecho de que una persona haya actuado bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de su responsabilidad ante el derecho internacional, siempre que en los hechos hubiese sido posible una elección moral"

(Principio IV). Este principio ha sido reiterado por instrumentos internacionales, tanto en materia de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad como en relación a graves violaciones a los derechos humanos<sup>81</sup>. Igualmente ha sido reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia. En el ámbito nacional, las legislaciones de varios países han expresamente incorporado esta prohibición<sup>82</sup> y varios tribunales han desestimado la obediencia debida como causal de exoneración de responsabilidad<sup>83</sup>. Aun en el campo del derecho penal militar, como lo señalara el Profesor Sahir Erman, "el deber de obediencia no es absoluto, [...] el principio de obediencia pasiva y ciega ha perdido toda su vigencia [...] y, tratándose de la ejecución de órdenes que entrañan manifiestamente la comisión de una infracción criminal] el deber de obediencia cede el lugar al deber de desobediencia"<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 2 (3)), el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (artículo 5) y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (Principio 19). Igualmente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (artículo 7,4), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 6,4) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 33).

<sup>82</sup> En este campo, además de la legislación europea de postguerra, cabe destacar algunos desarrollos recientes: la Ley N° 22 de 1994 de Sri Lanka, que excluye la obediencia debida como causal de justificación del delito de tortura; la Ley N° 589 de 2000 de Colombia, que excluye la obediencia debida de las causales de justificación del delito en los casos de desaparición forzada, genocidio y tortura (artículo 2) y la Ley belga del 16 de junio de 1993, relativa a las infracciones graves a los Convenios internacionales de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a los Protocolos adicionales I y II del 8 de junio de 1977 (artículo 5). Igualmente algunos países han incorporado esta prohibición a nivel constitucional, como por ejemplo las Constituciones de Bolivia (artículo 13), de Croacia (artículo 20) y de Venezuela (artículo 25 y 45).

<sup>83</sup> Ver por ejemplo el Fallo, de 12 de diciembre de 1973, del Tribunal Militar de Apelación en el caso My Lai (Vietnam), *United States v. William L. Calley Jr.*, Estados Unidos de América.

<sup>84</sup> Sahir Erman, "Rapport général: L'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et

Igualmente, el Proyecto de Convención establece la responsabilidad penal del superior jerárquico por negligencia criminal, en aplicación del principio de responsabilidad en el mando o mando responsable. La disposición considera una situación distinta a la responsabilidad del superior que ha impartido una orden de cometer una desaparición forzada, pues se trata de sancionar la omisión del deber de impedir las desapariciones forzadas o de hacerlas cesar. En este evento el superior no es autor o coautor de acto de desaparición forzada, pero ha tenido conocimiento de que ésta se estaba cometiendo o iba a cometerse y, teniendo el deber legal de impedirlo o hacerla cesar, falló en cumplir este

deber. La responsabilidad penal inferida no es general, pues está referida al “ejercicio de las facultades de las que están investidos”.

Tampoco se trata de una forma de “responsabilidad objetiva”, toda vez que está condicionada a que “tuvieran información que les permitiera saber que el delito se estaba cometiendo o estaba por cometerse”. Se sanciona así la tolerancia o negligencia criminal de los superiores con infracciones cometidas por el personal bajo su mando. El principio de responsabilidad penal del mando negligente es reconocido en numerosos instrumentos internacionales,<sup>85</sup> por la jurisprudencia internacional<sup>86</sup> así

---

du droit de la guerre”, en *V - Cinquième Congrès International, Dublin, 25 - 30 mai 1970, L'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre*, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, Volume 1, Strasbourg 1971, pág. 357.

<sup>85</sup> El 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 (artículo 86, párrafo 2), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (artículo 7, 3), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 6,3) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 28), los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (Principio 19) y el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (artículo 5).

<sup>86</sup> Este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia desde la Segunda Guerra Mundial. Así lo hizo, en el caso de Frick -por eutanasia practicada en hospitales y otros centros bajo su responsabilidad-, el Tribunal de Nuremberg en su Sentencia del 1 de octubre de 1946. El principio fue ampliamente desarrollado por el Tribunal de Tokio en su Sentencia del 12 de noviembre de 1948, especialmente en lo relativo a la responsabilidad de los oficiales superiores por crímenes cometidos contra prisioneros de guerra. Igualmente, el principio fue aplicado en las sentencias relativas a los casos *Re Yamashita* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 4 de febrero de 1946); *Homma v. United States* (1946); *Von Leeb - “German High Command Trial”* (Tribunal Militar de los Estados Unidos, Nuremberg, 28 de octubre de 1948); *Pohl y otros* (Tribunal Militar de los Estados Unidos, Nuremberg, 3 de noviembre de 1947); y *List - “Hostage Trial”* (Tribunal Militar de Estados Unidos, Nuremberg, 19 de febrero de 1948). Igualmente el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha reiterado este principio en las Sentencias de 16 de noviembre de 1998, Caso N° IT-96-21-T, *Prosecutor v. Z. Delalic and others*, párrafo 734; de 3 de marzo 2000, Caso N°

como en varias legislaciones nacionales<sup>87</sup>.

Finalmente, el Proyecto de Convención aborda el problema de la prescripción de la acción penal y de la pena del delito. Conforme a la doble caracterización hecha de la desaparición forzada - como crimen y como crimen de lesa humanidad- el Proyecto establece un doble régimen en esta materia. Así el artículo 16 (1) del proyecto establece la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena del delito de desaparición forzada cuando se trata de actos cometidos en el marco de una práctica a gran escala o sistemática. Para los demás casos de desaparición forzada, que no constituyen crimen de lesa humanidad, el Proyecto de Convención establece salvaguardas para que la prescripción no sea un factor generador de impunidad: el plazo de prescripción será el más extenso contemplado en la legislación de cada Estado; la prescripción se contará a partir del momento en que la suerte o el paradero de la persona desaparecida ha-

yan sido aclarados con certeza; y se suspenderá la prescripción mientras no existan recursos efectivos en el orden interno. En este aspecto el proyecto retoma el artículo 17 (2) de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

#### 4. Medidas de prevención

El Proyecto de Convención establece varias disposiciones en materia de prevención de la desaparición forzada. La mayoría de ellas desarrollan las prescripciones pertinentes de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y de varios estándares internacionales en la materia<sup>88</sup>. Asimismo, están inspiradas en la experiencia del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Estas disposiciones se refieren a:

- la obligación de mantener las personas privadas de libertad únicamente en lugares oficialmente reconocidos

---

*Prosecutor v. Blaskic* - "Lasva Valley", párrafos 289 y siguientes; de 20 de julio 2000, Caso N° IT-96-21, *Prosecutor v. Delalic* - "Celibici Camp" de 26 de febrero 2001, Caso N° IT-95-14/2, *Prosecutor V. Dario Kordic & Mario Cerkez* - "Lasva Valley", párrafos 366 a 371 y 401 y siguientes. Ver, igualmente, los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, en documentos de las Naciones Unidas Suplemento N° 10 (A/46/10), pág. 262, y Suplemento N° 10 (A/51/10), págs. 22 a 30.

<sup>87</sup> Ver por ejemplo, la Ley belga del 16 de junio de 1993, relativa a las infracciones graves a los Convenios internacionales de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a los Protocolos adicionales I y II del 8 de junio de 1977 (artículo 4).

<sup>88</sup> Como las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (en particular los principios 2, 3, 5, 16, 18, 19 y 29).

- y controlados por una autoridad competente<sup>89</sup>;
- la obligación por parte de las autoridades de mantener registros oficiales y centrales de las personas privadas de libertad<sup>90</sup>;
- la legalidad de la privación de libertad y su control por un órgano judicial u otra autoridad competente<sup>91</sup>;
- la obligación de realizar una investigación pronta, exhaustiva e imparcial, con la atribución de amplias facultades de investigación para la autoridad encargada de estas investigaciones<sup>92</sup>;
- la obligación de garantizar, en todo tiempo y circunstancia, un recurso judicial rápido, sencillo y eficaz con el propósito de determinar el paradero del desaparecido<sup>93</sup>; y

- al principio de *non refoulement*, que prohíbe la expulsión, devolución o extradición de una persona cuando existen razones para creer que puede ser víctima de una desaparición forzada u otra grave violación a los derechos humanos<sup>94</sup>.

## 5. Las víctimas y sus derechos

El Proyecto de Convención aborda la problemática de las víctimas de la desaparición forzada y sus derechos, teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial y doctrinaria de órganos internacionales<sup>95</sup>, en particular del Comité de Derechos Humanos<sup>96</sup> y del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias<sup>97</sup>. El Grupo de Trabajo

<sup>89</sup> Artículo 22 del Proyecto de Convención.

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Artículo 21 del Proyecto de Convención.

<sup>92</sup> Artículo 11 del Proyecto de Convención.

<sup>93</sup> Artículo 20 del Proyecto de Convención.

<sup>94</sup> Artículo 15 del Proyecto de Convención.

<sup>95</sup> Como por ejemplo los trabajos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ver, entre otros, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1977, 1978*, OEA/Ser.L/V/II.43, doc.21, corr.1, pág. 24; *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980*, documento de la OEA OEA/Ser.L/V/II/49, doc. 19, pág. 59; *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1980 - 1981*, OEA/Ser.G, CP/doc.1201/1981, de 20 de octubre de 1981, pág. 113; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986*, OEA/Ser.L//V/II.68, Doc. 8 rev 1, de 28 de septiembre de 1986, pág. 205. Igualmente en las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos. Ver por ejemplo la Sentencia de 25 de mayo de 1998, *Asunto Kurt c. Turquía*, Caso N° 15/19997/799/1002.

<sup>96</sup> Comité de Derechos Humanos: decisión de 21 de julio de 1983, Comunicación 107/1981, Caso *María del Carmen Almeida de Quinteros* (Uruguay); decisión de 25 de marzo de 1996, comunicación 542/1993, Caso *Katombe L. Tshishimbi* (Zaire), CCPR/C/56/542/1993; y decisión de 25 de marzo de 1996, comunicación 540/1996, Caso *Ana Rosario Celis Laureano*, (Perú), CCPR/C/56/540/1993,

<sup>97</sup> Ver por ejemplo los Informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1990/13, párr. 339 y E/CN.4/1985/15, párr. 291.

sobre la administración de justicia, al elaborar el Proyecto de Convención, se inspiró igualmente en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*<sup>98</sup> así como en los trabajos realizados por el Experto sobre el derecho a la reparación, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías<sup>99</sup> y el Proyecto de *Principios y directrices sobre el derecho de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*<sup>100</sup>.

El Proyecto de Convención, para los efectos de la reparación, establece una definición amplia de la víctima de desaparición forzada que abarca tanto a la persona "desaparecida", sus familiares próximos y a toda persona a cargo del "desaparecido" y que tenga relación inmediata con él. Igualmente, esta definición se hace extensiva a cualquier persona que haya sufrido daños al intervenir para evitar una desaparición forzada o para elucidar el destino o paradero del "desaparecido"<sup>101</sup>.

El Proyecto de Convención establece la obligación de garantizar, en toda circunstancia, el derecho a la reparación

por el daño causado a las víctimas de la desaparición forzada y dispone las diferentes modalidades de reparación, de acuerdo con la evolución del derecho internacional, a saber: la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y el restablecimiento de la dignidad y reputación de las víctimas del delito de desaparición forzada<sup>102</sup>.

Asimismo, el artículo 11 (6) del Proyecto establece una cláusula de salvaguarda del derecho a la verdad de los familiares del desaparecido. El Proyecto de Convención establece la obligación de realizar por parte de las autoridades -a solicitud de parte o *ex officio*- investigaciones exhaustivas e imparciales sobre los casos de desaparición forzada. Los resultados de tales investigaciones pueden no ser comunicados, si con ello se obstaculiza la instrucción de una causa penal en curso sobre estos hechos. No obstante el Proyecto establece que "la autoridad competente comunicará sin dilación y con regularidad a los familiares de la persona desaparecida los resultados de la actuación sobre su destino y paradero".

Finalmente, el Proyecto de Convención establece una cláusula de salvaguarda del derecho a la justicia de las víctimas, creando la obligación a cargo de los

<sup>98</sup> En particular, los principios 4, 5 y 6.

<sup>99</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN. 4/Sub.2/1993/8, párr. 14.

<sup>100</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN. 4/Sub.2/1997/Rev.1, Anexo I, Principio 3.

<sup>101</sup> Artículo 24 (3) del Proyecto de Convención.

<sup>102</sup> Artículo 24 del Proyecto de Convención.

Estados de garantizar “una amplia legitimación procesal en el procedimiento judicial al ofendido o a cualquier persona u organización nacional e internacional que tenga un interés legítimo”. Con ello, se crea la posibilidad de que, además de la víctima y sus familiares, otras personas o instituciones puedan constituirse en parte en el proceso penal, a través de distintas figuras previstas en la legislaciones nacionales<sup>103</sup>. La experiencia enseña que las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos no sólo tienen un interés legítimo en los procedimientos penales, pero que además contribuyen en el impulso de los procesos y de las investigaciones. Muchas veces, las familias de los “desaparecidos” se ven imposibilitadas, entre otras razones por el miedo, a actuar ante los estrados judi-

ciales. En ese orden de ideas y dada la gravedad de la desaparición forzada, resulta de gran importancia que terceros con un interés legítimo, como las ONGs de derechos humanos, tengan cabida formal dentro de las actuaciones judiciales. Tratándose de graves ilícitos, las legislaciones de varios países prevén varios tipos de mecanismo procesales que permiten la actuación de terceros, incluso de organizaciones no gubernamentales<sup>104</sup>.

## 6. Robo y adopción de niños de padres desaparecidos

El Proyecto de Convención aborda uno de los más graves aspectos de la desaparición forzada, a saber, la apropiación de niños nacidos durante el cautiverio de su madre “desaparecida” y su adop-

---

<sup>103</sup> En un gran número de países, ya por vía de legislación procesal penal o por creación jurisprudencial, terceros son habilitados para intervenir, como sujetos procesales, en los procedimientos penales. Son varias las figuras procesales existentes, como la acusación privada, la acusación popular, la querrela, la querrela adhesiva, la parte civil y el tercer interviniente. La titularidad y facultades de cada instituto procesal varía según el derecho de cada país.

<sup>104</sup> Numerosas legislaciones nacionales prevén, bajo diversas figuras procesales, la participación de organizaciones no gubernamentales en los procedimientos penales. Por ejemplo, en Francia, el Código de procedimiento penal prevé expresamente la posibilidad de que asociaciones sin ánimo de lucro, que tengan por objeto la sanción de los crímenes de lesa humanidad, el racismo, la violencia sexual, entre otros, puedan constituirse en parte civil para tales efectos en los procesos relativos a esas conductas. En España, el derecho procesal penal permite que organizaciones no gubernamentales se constituyan en querellantes y ejerciten la acusación popular. En Guatemala, el Código Procesal Penal (Decreto N° 51-92, artículo 116) prevé que “cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos” pueden ser querellantes adhesivos “contra funcionarios o empleados públicos que hubieren violado directamente los derechos humanos”. En Bélgica, la ley de 13 de abril de 1995 (artículo 11,5), relativa a los abusos sexuales contra menores, habilita a asociaciones sin ánimo de lucro para que se constituyan en parte civil en el proceso penal. En Argentina, la jurisprudencia ha aceptado que organizaciones no gubernamentales se constituyan como querellantes en procesos penales. En Portugal, la Ley N° 20/96, autoriza que organizaciones no gubernamentales de derechos humanos tomen parte en los procesos penales tramitados por actos racistas, xenófobos o de discriminación.

ción. Aunque esta problemática es abordada por la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>105</sup> y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>106</sup>, este grave fenómeno no cuenta con instrumentos jurídicamente vinculante y de vocación universal que permitan enfrentar este flagelo en sus diferentes componentes.

El Proyecto de Convención desarrolla las prescripciones de estos dos instrumentos internacionales. Asimismo, el Proyecto de Convención tiene como eje rector el principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así el Proyecto de Convención establece:

- La obligación de prevenir y reprimir la apropiación de hijos de personas víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de madres víctimas de desaparición forzada;
- La restitución del niño a su familia de origen como norma general, pero teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño;

- La obligación de cooperación internacional y asistencia recíproca en la búsqueda, identificación, localización y restitución de esos niños; y
- La obligación de garantizar en la legislación nacional la posibilidad de revisar y anular toda adopción que tenga origen en una desaparición forzada.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, al comentar el Proyecto de Convención, acogió "con especial agrado la obligación de los Estados Partes [...] de impedir y reprimir la apropiación de hijos cuyos padres son víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante la desaparición de la madre"<sup>107</sup>. El Grupo de Trabajo consideró que "Junto con la norma general de devolver esos niños a su familia de origen, la posibilidad explícita de anular toda adopción que tenga origen en una desaparición forzada y con el principio del interés superior del niño, tomado de la Convención de los Derechos del Niño, esta obligación proporciona un recurso adecuado frente a uno de los fenómenos más graves que ocurre en el contexto de las desapariciones forzadas"<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> Artículo 21 de la Declaración.

<sup>106</sup> Artículo XII de la Convención. No obstante, la Convención aborda el problema de manera general y en términos de cooperación recíproca entre Estados a efectos de la búsqueda, identificación y restitución de menores trasladados a otros Estados.

<sup>107</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2001/68, Anexo III, pág. 35.

<sup>108</sup> Ibidem.

## *B. Procedimientos y órgano de control en el Proyecto de Convención*

En el proceso de elaboración del Proyecto de Convención, el Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia discutió ampliamente el tema de si era o no necesario el establecimiento de un mecanismo de control del futuro instrumento internacional y procedimientos de protección. Luego de dos años de debate, el Grupo de Trabajo llegó a una respuesta afirmativa. El Grupo de Trabajo consideró que, dada la particular y grave naturaleza de la desaparición forzada y las obligaciones específicas establecidas en el Proyecto de Convención, se requería de una supervisión y de un control de las disposiciones y obligaciones del tratado por parte de un órgano internacional.

### 1. Procedimientos y funciones vigilancia y control

El Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia optó por seguir los clásicos procedimientos establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. No obstante, el Grupo de Trabajo introdujo varias innovaciones en el Proyecto de Convención. Así, estos procedimientos clásicos fueron adecuados en considera-

ción a varios criterios, a saber: la naturaleza específica de la desaparición forzada; la necesidad de aumentar el umbral de protección internacional y la importancia de introducir un elemento de flexibilidad en la actividad de control administrativo ("Reporting"). Así, el Proyecto de Convención establece varias funciones de control del tratado y procedimientos de protección internacional.

En primer lugar, el Proyecto de Convención establece un sistema de "control administrativo", a través de evaluaciones sobre la implementación y cumplimiento, por parte de los Estados, de las obligaciones consagradas en el instrumento<sup>109</sup>. A esta función clásica de un órgano de tratado, el Proyecto de Convención incorporó dos elementos innovadores, respondiendo a los criterios de mayor protección y de flexibilidad. Por una parte, un régimen flexible de supervisión administrativa, con lo cual el órgano de vigilancia del tratado dispone de un margen de discreción para pedir informes al Estado Parte, en razón de la existencia o gravedad de la práctica de la desaparición forzada. El sistema clásico de "evaluaciones periódicas" queda sustituido por un sistema de evaluación más flexible. Por otro lado, el Proyecto otorga al órgano de vigilancia una capacidad de visita en el territorio del Estado, a la presentación de su informe inicial. Esta disposición tiene el propósito dotar al órgano de control de un procedimiento

<sup>109</sup> Artículo 27 del Proyecto de Convención.

que le permita hacer un "état des lieux" más realista de la problemática de la desaparición forzada en cada país y las dificultades y obstáculos a nivel doméstico para la implementación del tratado. Este poder de visita *in situ* está regulada en términos facultativos, con lo cual el órgano de tratado dispone de un margen de apreciación para decidir si realiza o no tal visita.

En segundo lugar, el Proyecto de Convención establece una función de investigación y reporte en situaciones en que se presenta un cuadro sistemático o masivo de desaparición forzada<sup>110</sup>. El proyecto de Convención básicamente retoma el procedimiento establecido por el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, pero sin retener el carácter confidencial de este procedimiento.

En tercer lugar, el Proyecto de Convención establece la función de control cuasi jurisdiccional del futuro instrumento internacional, tanto en materia de queja inter-estatal como de comunicaciones de particulares<sup>111</sup>. En cuanto a las comunicaciones individuales, el Proyecto de

Convención retoma los elementos tradicionales de este sistema: agotamiento de los recursos internos; carácter no anónimo de la comunicación y no duplicidad de procedimientos internacionales. De acuerdo al criterio de mayor protección, el Proyecto de Convención introduce innovaciones. Así, la competencia del órgano de control para examinar comunicaciones es automática y no requiere de expresa declaración de aceptación de competencia por parte del Estado Parte, tal como lo requieren otros tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas<sup>112</sup>. Este sistema de competencia automática está inspirado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y provee un sistema de protección internacional más efectivo.

Asimismo, el Proyecto de Convención establece que los autores de comunicaciones pueden ser individuos, grupos de individuos u organizaciones no gubernamentales. Esta disposición, que tiene precedentes en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos<sup>113</sup>, resulta de gran importancia dada la especial gravedad de la desaparición forzada y el impacto que ésta tiene en los familiares del desaparecido.

<sup>110</sup> Artículo 28 del Proyecto de Convención.

<sup>111</sup> Artículos 29 y 20 del Proyecto de Convención.

<sup>112</sup> Como es el caso con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 22) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 14) y el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>113</sup> En particular, el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Proyecto de Convención incorpora, además, la facultad para el órgano del tratado, en casos de urgencia, de “pedir al Estado Parte interesado tomar medidas cautelares que considere pertinentes, cuando se haga necesario evitar daños irreparables”. La solicitud de estas medidas cautelares y su adopción no prejuzgan la materia de la decisión final. La inclusión de las medidas provisionales en el tratado resulta de singular importancia pues, como lo indica la práctica del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura, en algunas oportunidades los Estados no observan las medidas cautelares o provisionales, con el argumento de que tales medidas no hacen parte del tratado sino del reglamento interno de estos órganos<sup>114</sup> y por tanto no tendrían carácter jurídicamente vinculante<sup>115</sup>.

Finalmente, el Proyecto de Convención incorpora una innovadora función

de protección de urgencia con fines humanitarios<sup>116</sup>. Se trata de un procedimiento de emergencia, no sujeto al previo agotamiento de los recursos internos, de naturaleza expedida y de carácter neutral para la búsqueda y hallazgo de personas “desaparecidas”. Esta función es independiente de la de control cuasi jurisdiccional. En cierta manera, se puede decir que este procedimiento es una suerte de *habeas corpus internacional*, de allí su singular importancia en términos de protección internacional.

El Proyecto de Convención, para reforzar la capacidad de observación, reporte y protección, prevé que el órgano de vigilancia del tratado esté dotado de facultades para realizar visitas *in situ*<sup>117</sup>. El Proyecto de Convención establece que, en estas visitas *in situ*, los miembros del órgano de tratado podrán estar acompañados por intérpretes, miembros del secretariado y expertos. Asimismo, para

<sup>114</sup> Artículo 86 del Reglamento del Comité de Derechos Humanos y artículo 108 (9) del Reglamento del Comité contra la Tortura.

<sup>115</sup> Valga destacar que este último argumento ha sido contestado por el Comité contra la Tortura, pues éste considera que un “Estado Parte, al ratificar la Convención y aceptar voluntariamente la competencia del Comité bajo el artículo 22, se compromet[e] a cooperar de buena fe con el mismo en la aplicación del procedimiento. En este sentido el cumplimiento de las medidas provisionales, solicitadas por el Comité en los casos que éste considera razonables, es indispensable para poder evitar a la persona objeto de las mismas daños irreparables que, además, podrían anular el resultado final del procedimiento ante el Comité”. (Decisión de 10 de noviembre de 1998, Comunicación N° 110/1998, Caso *Cecilia Rosana Núñez Chipana* (Venezuela), documento CAT/C/21/D/110/1998, párrafo 8). En el ámbito interamericano, este argumento invocado para no observar las medidas provisionales ha sido igualmente contestado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Ver, por ejemplo, *Segundo Informe sobre los Derechos Humanos en Colombia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, documento de la OEA OEA/Ser.L/V/I.84).

<sup>116</sup> Artículo 31 del Proyecto de Convención.

<sup>117</sup> Artículos 28, 29, 30, 31 y 32 del Proyecto de Convención.

proteger la actividad de los miembros del órgano de control y del personal que los acompañe, el Proyecto de Convención establece que todos ellos gozarán de las facilidades, prerrogativas e inmunidades relativas a los "expertos en misión" y previstas por la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas<sup>118</sup>.

## 2. El órgano de control del tratado

En esta materia, el Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia estudió varias opciones, a saber: la atribución de la vigilancia del tratado a un órgano convencional existente, como el Comité de Derechos Humanos o el Comité contra la Tortura; la atribución de la vigilancia del tratado a un mecanismo extra-convencional ya existente, como el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias; y la creación de un nuevo órgano de control del tratado.

### a) Organos de tratados y mecanismos existentes

La atribución de la vigilancia del tratado a un órgano convencional o extra-convencional ya existente, podrían pre-

sentar algunas ventajas: no enervar la hostilidad de varios Estados a crear nuevos órganos convencionales; menor costo en términos financieros y administrativos; y, en lo que atiene a un órgano convencional, la experiencia acumulada en materia de control administrativo y cuasi jurisdiccional.

No obstante el Grupo de Trabajo consideró que esta opción presentaba varias dificultades y aspectos negativos. Una de las dificultades evocadas por el Grupo de Trabajo, fue la situación de actual saturación de la capacidad de trabajo de los órganos existentes, tanto convencionales como extra-convencionales. En lo que respecta al Comité de Derechos Humanos y al Comité contra la Tortura resulta muy revelador el estudio realizado por el experto Philip Alston sobre el desempeño de los órganos de tratados<sup>119</sup>. En cuanto al Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, la saturación de la capacidad de trabajo se ha agravado en los últimos años<sup>120</sup>. A este problema se han sumado el recorte sustancial de personal de secretaría del Grupo y la asignación de recursos insuficientes<sup>121</sup>. En ese contexto, la atribución del control del

<sup>118</sup> Artículo 32 del Proyecto de Convención.

<sup>119</sup> "Informe final sobre el mejoramiento a largo plazo de la eficacia del sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas", documento de las Naciones Unidas E/CN. 4/1997/74.

<sup>120</sup> Así por ejemplo, en su informe E/CN. 4/2000/68 (párrafo 119), El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias recordaba que de los 49.500 casos de desaparición forzada tramitados desde 1980, 46.000 casos estaban aún pendientes.

<sup>121</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2000/68, párrafo 126. Es de destacar que el Grupo de Trabajo cuenta hoy día, como apoyo de secretaría, sólo con dos funcionarios a tiempo parcial.

futuro tratado sobre desaparición forzada a uno de estos órganos o al Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias implicaría necesariamente aumentar el número de sus expertos y el personal del secretariado. Con lo cual resultaba muy relativo el argumento de los bajos costos financieros y administrativos.

Otra de las dificultades encontradas por el Grupo de Trabajo, y no de las menores, fue la del origen de nombramiento de los miembros del órgano de control. El problema se plantea de manera diferente si se trata de un órgano de un tratado o si se trata de un mecanismo extra-convencional. En cuanto a la hipótesis de un órgano de tratado ya existente, esta opción levanta varios y serios problemas. Uno de ellos es el relativo a la disparidad de estatutos jurídicos de los Estados frente al Comité de Derechos Humanos como al Comité contra la Tortura, pues no todos los Estados reconocen la competencia para comunicaciones individuales de ambos órganos. Esto podría conducir a que Estados no Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles o Políticos o en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, pero si Partes en la Convención sobre desapariciones, fuesen sometidos a un órgano de control, compuesto por expertos en cuya elección no habrían participado. Además, esta opción podría comprometer seriamente el principio de competencia automática fijada por el Proyecto de Convención.

En lo que respecta a un órgano como el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, el tema podría traer aún mayores complicaciones. El origen extra-convencional de la nominación de los miembros del Grupo de Trabajo generaría una situación particular para los Estados Partes en el futuro tratado sobre desapariciones forzadas. Así, Estados Partes pero no miembros de la Comisión de Derechos Humanos, quedarían sometidos al control de un órgano cuyos miembros no han concurrido a elegir. Igualmente, se podría dar el caso de la nominación de expertos del órgano de control por Estados miembros de la Comisión de Derechos Humanos pero no Partes en la Convención sobre desaparición.

Otro de los aspectos problemáticos, señalados durante las labores del Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia, fue el de paralelismo de procedimientos. Así, en el caso de conferir el control del tratado a un órgano convencional ya existente, el Grupo de Trabajo consideró que tal opción podría generar un paralelismo y asimetría de procedimientos. El Proyecto de Convención establece funciones y procedimientos específicos que, aunque retoman los procedimientos y funciones del Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, no coinciden exactamente con los previstos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo así como por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y

Degradantes. Como más arriba se ha anotado, el Proyecto de Convención no sólo introduce varias e importantes innovaciones en los clásicos procedimientos sino que crea nuevas funciones, como la relativa al *habeas corpus internacional*.

En caso de atribuirse el control del tratado sobre desapariciones forzadas a un órgano ya existente, el Grupo de Trabajo planteó si en tal evento el formato del nuevo instrumento no debería ser el de un Protocolo, como por ejemplo un Tercer Protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante, se señaló que este aspecto no presentaba mayores dificultades. Por un lado, un Protocolo puede incorporar disposiciones de carácter sustancial. Por otro, una Convención puede hacer reenvió a órganos de control previstos en otros instrumentos internacionales, tal como sucede con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Ante estas dificultades y problemas, el Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia llegó a la conclusión de que la creación de un órgano de control por la Convención resultaba ser la mejor solución. Además de solventar problemas arriba mencionados, la existencia de un órgano específico y autónomo sobre la desaparición forzada, de naturaleza convencional, haría más óp-

timo el sistema de protección internacional. De este modo, se preserva la especificidad de los procedimientos de supervisión y de protección previstos por el Proyecto de Convención. Además así se permitiría al órgano de disponer de una capacidad adecuada de trabajo, en tanto no tiene otra función distinta que ejercer el control sobre las disposiciones de la Convención.

#### b) El Comité contra la Desaparición Forzada

El Proyecto de Convención establece un Comité contra la Desaparición Forzada, integrado por diez miembros<sup>122</sup>. Este retoma el modelo establecido para el Comité contra la Tortura. No obstante, el Proyecto de Convención introduce algunas innovaciones.

El Proyecto de Convención establece una cláusula de salvaguarda de la independencia de los miembros del Comité, que prescribe la incompatibilidad de la función de miembro del Comité con "cualquier cargo o función que estén integrados en la estructura jerárquica del poder ejecutivo de un Estado Parte"<sup>123</sup>. De tal suerte, que quedan exceptuados de esta incompatibilidad, entre otros, miembros de la judicatura, Defensores del Pueblo (*ombudsman*) y catedráticos de universidades estatales. Igualmente el Proyecto de Convención establece una

<sup>122</sup> Artículos 25 y 26 del Proyecto de Convención.

<sup>123</sup> Artículo 25 (1) del Proyecto de Convención.

cláusula de transparencia en el proceso de nominación de los miembros del Comité, permitiendo que las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales tengan conocimiento de los candidatos.

Finalmente, el Proyecto de Convención establece dos cláusulas de salvaguarda financiera del funcionamiento del Comité<sup>124</sup>. Las Naciones Unidas sufragarán los gastos del Comité y sus miembros percibirán emolumentos por su actividad. Estas disposiciones cuentan con precedentes en otros tratados de derechos humanos<sup>125</sup>.

### C. La "economía del tratado" en el Proyecto de Convención

En materia de reservas, entrada en vigencia y otras disposiciones afines, el Proyecto de Convención retoma las cláusulas clásicas en esta materia. El Proyecto de Convención establece que el futuro tratado entrará en vigor luego de depositado el décimo instrumento de adhesión o ratificación.

No obstante, el Proyecto de Convención regula de manera innovadora el tema de las reservas<sup>126</sup>. En su versión preliminar, el Proyecto de Convención excluía toda posibilidad de reserva. Esta posibilidad es aceptada por el derecho internacional<sup>127</sup>. Sin embargo el Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia consideró necesario flexibilizar esta disposición y al mismo tiempo proteger las disposiciones fundamentales del Proyecto de Convención y la capacidad de funcionamiento del Comité contra la desaparición forzada.

El Proyecto de Convención establece la prohibición de formular reservas a la primera parte del tratado, o sea respecto de aquellas disposiciones sustanciales (artículos 1º a 24). Igualmente, se prohíben las reservas respecto del procedimiento de *habeas corpus internacional*. Asimismo, el Proyecto de Convención prohíbe formular reservas "cuyo efecto fuera impedir el funcionamiento de cualesquiera de los órganos establecidos por la presente Convención"<sup>128</sup>. Esta disposición tiene su precedente en el ar-

---

<sup>124</sup> Artículos 25 (7) y 26 (5) del Proyecto de Convención.

<sup>125</sup> Ver por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 17.8), la Convención sobre los Derechos de Niño (artículo 43.12) y las Resoluciones N° 47/111 y 51/80 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

<sup>126</sup> Artículo 36 (1) del Proyecto de Convención.

<sup>127</sup> Artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Existen varios tratados que incorporan cláusulas que prohíbe toda reserva al instrumento, como por ejemplo, la Convención de Ginebra sobre el derecho de autor de 1952 (artículo 20), la Convención de París sobre la prohibición de armas químicas de 1993 (artículo XXII) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Art. 120).

<sup>128</sup> Artículo 36 (1) del Proyecto de Convención.

título 20 (2) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

### III. Últimos desarrollos

En su 57º periodo de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos estableció dos mecanismos concretos para iniciar el proceso de examen del Proyecto de Convención<sup>129</sup>. En primer lugar, la Comisión de Derechos Humanos decidió nombrar a un experto independiente, con el mandato de realizar un estudio sobre el marco internacional existente en materia de desaparición forzada, tanto a nivel penal como de derechos humanos, e identificar las lagunas existentes en orden a asegurar la plena protección contra las desapariciones forzadas<sup>130</sup>. En segundo lugar, la Comisión de Derechos Humanos decidió establecer un Grupo de trabajo con el mandato de elaborar “un instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada [...] para su examen y aprobación por la Asamblea General”<sup>131</sup>. Este Grupo de trabajo, que sesionará entre periodos de sesiones de la Comisión, iniciará sus labores a partir de 2002 y, para ello, tendrá como referentes, en-

tre otros, el Proyecto de Convención y el estudio del experto independiente. El Grupo de Trabajo será de composición abierta, con lo cual podrán participar a sus labores tanto los Estados y las organizaciones intergubernamentales como los expertos y las organizaciones no gubernamentales.

Respecto de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos cabe hacer tres comentarios. El establecimiento del Grupo de trabajo constituye una decisión acertada. Un Grupo de trabajo constituye el espacio natural para que los Estados, los expertos y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales expresen sus comentarios y observaciones, y es un foro apropiado para las negociaciones y la obtención de consensos en un proceso de adopción de un instrumento jurídicamente vinculante. No huelga recordar que su creación había sido solicitada por la totalidad de los Estados latinoamericanos y varios Estados europeos y africanos así como por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos<sup>132</sup>, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias<sup>133</sup> y las organizaciones no gubernamentales<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> Resolución 2001/46, “Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias”, de 23 de abril de 2001.

<sup>130</sup> *Ibid.*, párrafo 11.

<sup>131</sup> *Ibid.*, párrafo 12.

<sup>132</sup> Resolución 2000/18 de 17 de agosto 2000.

<sup>133</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN. 4/2001/68, Anexo III.

<sup>134</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN. 4/2001/69.

La fórmula, “un instrumento normativo jurídicamente vinculante”, retenida por la Comisión de Derechos Humanos en su Resolución, resulta apropiada en el estado actual de la discusión. Algunos Estados, que han manifestado su adhesión al principio de la necesidad de un instrumento convencional sobre las desapariciones forzadas, han expresado dudas acerca de la necesidad o de la viabilidad de un nuevo órgano de tratado y prefieren que el control del futuro instrumento sea ejercido por un órgano ya existente. Esta opción, como lo hemos visto arriba, podría suponer -aunque no necesariamente- un cambio de “formato” del instrumento. En ese orden de ideas, la locución “instrumento normativo jurídicamente vinculante”, que abarca tanto la fórmula de una convención como la de un protocolo, podría facilitar un debate franco y abierto sobre esta cuestión.

Finalmente, el mecanismo de un experto independiente encargado de hacer un “état des lieux” del derecho internacional en punto a la desaparición forzada, podría resultar beneficioso para las labores del Grupo de Trabajo. El estudio, que éste deberá preparar, podría ser

un buen insumo para los debates y, asimismo, redundar en una mayor calidad técnica de éstos. Ciertamente, desde que la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos adoptó el Proyecto de Convención, se han registrado varios desarrollos en el plano internacional y regional en diferentes temas que tocan, directa o indirectamente, varios aspectos de la desaparición forzada. A título de ejemplo se podrían citar el Estatuto de Roma, la evolución de la jurisdicción universal ejercida por terceros países y el “caso Pinochet”. Estos deben ser tenidos en cuenta y sopesados en la elaboración de un texto definitivo de instrumento internacional sobre las desapariciones forzadas.

La Comisión de Derechos Humanos ha dado, con su Resolución, un importante paso hacia la adopción de un instrumento universal y jurídicamente vinculante sobre las desapariciones forzadas. El “Proyecto de Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” de la Subcomisión constituye una muy buena base para iniciar el proceso de discusión y adopción de este instrumento internacional.

## Textos Básicos

### Proyecto de Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

El 26 de agosto de 1998, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, mediante su resolución 1998/25, adoptó el proyecto de *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. El texto del proyecto ha sido publicado en el documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1998/19, Anexo.

#### PREÁMBULO

##### Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,

Teniendo presente la obligación impuesta a los Estados por la Carta, en particular por el Artículo 55, de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales,

Teniendo en cuenta que todo acto de desaparición forzada de una persona constituye un ultraje a la dignidad hu-

mana, es una negación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y una violación grave y manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes,

Constatando que todo acto de desaparición forzada de una persona constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,

Considerando que 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 fundamen-

tales, y que su práctica sistemática o general constituye un crimen contra la humanidad,

Reconociendo que la desaparición forzada viola el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro y sustrae a las personas de la protección de la ley,

Teniendo en cuenta la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas,

Recordando la protección que otorgan a las víctimas de conflictos armados los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977,

Teniendo en cuenta especialmente los artículos pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan a toda persona el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona, el derecho a no ser sometido a torturas y el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica,

Teniendo en cuenta además la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que dispone que los Estados Partes deben tomar medidas eficaces para prevenir y reprimir los actos de tortura,

Teniendo presente el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, y los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad,

Afirmando que para impedir los actos que contribuyen a las desapariciones forzadas es necesario asegurar el estricto respeto del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptados por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1988, así como de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, que la Asamblea General hizo suyos el 15 de diciembre de 1989,

Teniendo en cuenta asimismo la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993,

Deseando hacer más eficaz la lucha contra las desapariciones forzadas de personas en todo el mundo,

Han convenido en lo siguiente,

## Parte I

### *Artículo 1*

1. A los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de libertad de una persona, cualquiera fueren su forma o motivación, causada 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 denegación de información o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance, en particular en lo referente a las desapariciones forzadas causadas por grupos o individuos no comprendidos en el párrafo 1 del presente artículo.

### *Artículo 2*

1. Se castigará al autor y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de cualquier elemento constitutivo de ese delito, tal como se define en el artículo 1 de la presente Convención. Los autores y demás partícipes de un elemento constitutivo del delito, tal como se

define en el artículo 1 de la presente Convención, serán castigados por el delito de desaparición forzada siempre que supieran o hubieran debido saber que el delito estaba por cometerse o se estaba cometiendo. Se castigará también al autor y demás partícipes de los actos siguientes:

- a) La instigación, la incitación o el estímulo a la comisión del delito de desaparición forzada;
- b) La conspiración o la colusión para cometer un delito de desaparición forzada;
- c) La tentativa de cometer un delito de desaparición forzada;
- d) El encubrimiento de un delito de desaparición forzada.

2. Se castigará asimismo la omisión del deber jurídico de actuar para impedir una desaparición forzada.

### *Artículo 3*

1. La práctica sistemática o masiva de la desaparición forzada constituye un crimen contra la humanidad.

2. Los presuntos autores o partícipes de un delito, tal como se definen en los artículos 1 y 2 de la presente Convención, serán acusados de la comisión de un crimen contra la humanidad siempre que supieran o hubieran debido saber

que su acto era parte de una práctica sistemática o masiva de desapariciones forzadas, aunque su participación haya sido de carácter limitado.

#### *Artículo 4*

1. Los Estados Partes se comprometen a:

- a) No practicar, ni permitir ni tolerar la desaparición forzada;
- b) Investigar inmediata y prontamente toda denuncia por desaparición forzada e informar a la familia de la persona desaparecida sobre el destino y el paradero de ésta;
- c) Imponer sanciones, en el ámbito de su jurisdicción, por el delito de desaparición forzada y los actos u omisiones a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención;
- d) Cooperar con los demás Estados y con las Naciones Unidas para contribuir a prevenir, investigar, sancionar y erradicar la desaparición forzada;
- e) Otorgar reparación pronta y adecuada por el daño causado a las víctimas de una desaparición forzada, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la presente Convención.

2. En ningún caso se podrán invocar circunstancias como inestabilidad política interna, amenaza de guerra, estado

de guerra, cualquier estado de excepción o suspensión de garantías individuales, para no dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la presente Convención.

3. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole necesarias para cumplir los compromisos asumidos en virtud de la presente Convención.

#### *Artículo 5*

1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delitos separados la desaparición forzada, tal como se define en el artículo 1 de la presente Convención, y el crimen contra la humanidad, tal como se define en el artículo 3 de la presente Convención, y a imponer una pena apropiada que tenga en cuenta su gravedad extrema. En ningún caso se impondrá la pena de muerte. Estos delitos serán de carácter continuado y permanente mientras no se establezca con certeza la suerte o el paradero de la persona desaparecida.

2. Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que habiendo sido partícipes en los actos a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención contribuyan efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o den voluntariamente informaciones que permitan esclarecer ca-

sos de desaparición forzada o identificar a los responsables de un delito de desaparición forzada.

### *Artículo 6*

1. La desaparición forzada y los demás actos a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención serán considerados delitos en todo Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para instituir su jurisdicción en los siguientes casos:

- a) Cuando el delito de desaparición forzada haya sido cometido en cualquier territorio bajo su jurisdicción;
- b) Cuando el presunto autor y demás partícipes del delito de desaparición forzada o los demás actos a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención se halle en el territorio del Estado Parte, independientemente de la nacionalidad del presunto autor o demás partícipes y de la nacionalidad de la persona desaparecida así como del lugar o territorio donde se haya cometido el delito, a menos que proceda a su extradición o a su transferencia a un tribunal penal internacional.

2. La presente Convención no excluye en modo alguno el ejercicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional.

### *Artículo 7*

1. Todo Estado Parte en cuyo terri-

torio se encuentre una persona de la que se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada o cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención, si tras examinar la información de que dispone considera que las circunstancias lo justifican, deberá tomar todas las medidas necesarias para asegurar la presencia continua de esa persona en dicho territorio y, de ser necesario, proceder a su detención. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el periodo que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, reúna indicios que hagan presumir la responsabilidad de una persona, si no ejerce su jurisdicción, notificará inmediatamente esa circunstancia, así como las demás que justifiquen dicha presunción, al Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito a los efectos de darle la oportunidad de solicitar la extradición.

### *Artículo 8*

1. Los Estados Partes se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier investigación o procedimiento penales relativos al delito de desa-

parición forzada, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

2. Los Estados Partes cooperarán entre sí y se prestarán todo el auxilio posible en la búsqueda, localización, liberación y rescate de las personas desaparecidas o, en caso de fallecimiento, en la restitución de sus restos.

3. Los Estados Partes cumplirán las obligaciones que les incumban en virtud de los párrafos 1 y 2 del presente artículo sin perjuicio de las obligaciones que les impongan los tratados de auxilio judicial mutuo que existan entre ellos.

### *Artículo 9*

1. Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, podrá ser invocada para justificar una desaparición forzada. Toda persona que reciba tal orden o instrucción tendrá el derecho y el deber de no obedecerla. Los Estados prohibirán las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas.

2. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan razones para creer que se ha producido o está por producirse una desaparición forzada comunicarán la cuestión a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos competentes que tengan atribuciones de control o correctivas.

3. El delito de desaparición forzada cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad penal si éstos han omitido ejercer la autoridad de la que están investidos para prevenir la comisión del delito o hacerlo cesar, siempre que tuvieran información que les permitiera saber que el delito se estaba cometiendo o estaba por cometerse.

### *Artículo 10*

1. Los presuntos autores y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de los demás actos a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención sólo podrán ser juzgados por los tribunales de la jurisdicción de derecho común de cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción de excepción o especial y en particular la militar.

2. No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, a reserva de las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

3. Los autores y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de los demás actos a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención no serán en ningún caso exonerados de responsabilidad penal aun cuando se alegare que tales delitos y conductas fueron cometidos en el ejercicio de funciones militares o policiales o en ocasión del servicio.

4. Los Estados Partes garantizarán una amplia legitimación procesal en el procedimiento judicial al ofendido o a cualquier persona u organización nacional e internacional que tenga un interés legítimo.

### *Artículo 11*

1. Los Estados Partes asegurarán a toda persona que sostenga que alguien ha sido objeto de desaparición forzada el derecho a denunciar los hechos ante una autoridad estatal competente e independiente, la cual procederá de inmediato a hacer una investigación exhaustiva e imparcial.

2. Toda vez que existan motivos para creer que una persona ha sido objeto de desaparición forzada, el Estado remitirá sin demora el asunto a dicha autoridad para que inicie una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal. Esa investigación no podrá ser limitada u obstaculizada de manera alguna.

3. Los Estados Partes velarán porque la autoridad competente disponga de las facultades y los recursos necesarios para llevar a cabo la investigación, incluidas las facultades necesarias para exigir la comparecencia de los presuntos autores y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de los demás actos a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención, la comparecencia de testigos y la presentación de pruebas perti-

nes. Los Estados permitirán el acceso inmediato y directo a toda documentación que requiera la autoridad competente, sin excepción alguna.

4. Los Estados Partes asegurarán a la autoridad competente el acceso, sin dilación o notificación previa, a cualquier lugar, incluidos los clasificados como de seguridad nacional o de acceso restringido, donde se sospeche la presencia de una persona desaparecida.

5. Los Estados Partes tomarán disposiciones para que todos los que participen en la investigación, incluidos el denunciante, los familiares de la persona desaparecida, el abogado, los testigos y los que realizan la investigación, estén protegidos de todo maltrato y todo acto de intimidación o represalia, como consecuencia de tal denuncia o investigación. Los responsables de estos actos serán sancionados penalmente.

6. Los resultados de la investigación se comunicarán a todas las personas interesadas, a su solicitud, a menos que con ello se obstaculice de forma grave una investigación en curso. Sin embargo, la autoridad competente comunicará sin dilación y con regularidad a los familiares de la persona desaparecida los resultados de la investigación sobre su suerte y paradero.

7. Deberá poderse hacer una investigación, con arreglo a las modalidades descritas en los párrafos que anteceden,

mientras la suerte o el paradero de la persona desaparecida no hayan sido establecidos con certeza.

3. Los presuntos autores y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de los demás actos a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención serán suspendidos de toda función oficial durante la investigación.

### *Artículo 12*

1. La desaparición forzada no será considerada delito político a los efectos de la extradición.

2. La desaparición forzada se considerará incluida entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes.

3. Los Estados Partes se comprometen a incluir la desaparición forzada en los delitos susceptibles de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.

4. Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito de desaparición forzada.

5. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un

tratado reconocerán dicho delito como susceptible de extradición.

6. La extradición estará sujeta a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

### *Artículo 13*

Cuando un Estado Parte no conceda la extradición o ésta no se le solicite, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, a los efectos de la investigación y, cuando corresponda, del procedimiento penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que hubiere solicitado la extradición.

### *Artículo 14*

La desaparición forzada no será considerada delito político o conexo con éste, a los efectos del asilo y refugio. Los Estados Partes en la presente Convención no otorgarán asilo diplomático ni territorial ni concederán la condición de refugiado a personas contra las cuales existan razones fundadas para creer que han participado en una desaparición forzada.

### *Artículo 15*

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones para creer que corre el ries-

go de ser objeto de una desaparición forzada o de otra grave violación de los derechos humanos.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de una situación de violaciones graves, sistemáticas o masivas de los derechos humanos.

### *Artículo 16*

1. La acción penal y la pena derivadas de la desaparición forzada serán imprescriptibles cuando dicha desaparición forzada constituya un crimen contra la humanidad, con arreglo al artículo 3 de la presente Convención.

2. Cuando la desaparición forzada no constituya un crimen contra la humanidad con arreglo al artículo 3 de la presente Convención, el plazo de prescripción del delito y la acción penal será el más extenso contemplado en la legislación de cada Estado Parte y se contará a partir del momento en que la suerte o el paradero de la persona desaparecida hayan sido aclarados con certeza. Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sean efectivos, se suspenderá la prescripción hasta que estos recursos recobren efectividad.

3. Los Estados Partes adoptarán las

medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para adaptar su legislación a lo establecido en los párrafos anteriores.

### *Artículo 17*

1. Los autores o presuntos autores y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de los actos a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención no se beneficiarán, antes de ser juzgados y, cuando corresponda, condenados, de ninguna medida de amnistía u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal.

2. En el otorgamiento de la gracia deberá tenerse en cuenta la gravedad extrema de la desaparición forzada.

### *Artículo 18*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 2 y 5 de la presente Convención, los Estados Partes impedirán y reprimirán la apropiación de hijos de personas víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de madres víctimas de desaparición forzada y buscarán e identificarán a esos niños. Como norma general, el niño será restituido a su familia de origen. A esos efectos, se tendrá en cuenta el interés superior del niño y su opinión será escuchada y valorada en función de su edad y madurez.

2. Los Estados Partes se prestarán asistencia en la búsqueda, identificación, localización y restitución de esos niños cuando hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste. Para tal fin, los Estados concertarán, según proceda, acuerdos bilaterales o multilaterales.

3. Los Estados Partes en cuyo sistema legislativo está prevista la adopción deberán establecer en su legislación nacional la posibilidad de revisar la adopción y en particular de anular toda adopción que tenga origen en una desaparición forzada. No obstante, tal adopción podrá mantener sus efectos si los parientes más próximos del niño dieran su consentimiento al examinarse la validez de dicha adopción. En cualquier caso, se tendrá en cuenta el interés superior del niño y su opinión será escuchada y valorada en función de su edad y madurez.

4. Los Estados Partes castigarán en su legislación penal la apropiación de hijos de padres víctimas de desaparición forzada o de hijos nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen la verdadera identidad del niño. Las penas tendrán en cuenta la gravedad extrema de estos delitos.

### *Artículo 19*

Los Estados Partes velarán, en la formación del personal y de los funcionarios públicos encargados de la aplicación

de la ley, por que se imparta la educación necesaria sobre las disposiciones de la presente Convención.

### *Artículo 20*

1. Sin perjuicio de los recursos legales para impugnar la legalidad de una privación de libertad, los Estados Partes garantizarán el derecho a un recurso judicial rápido, sencillo y eficaz como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad y aquella que la hizo efectiva. Este recurso, así como el de hábeas corpus y similares, no podrá ser suspendido o limitado ni aún en las circunstancias descritas en el párrafo 2 del artículo 4 de la presente Convención.

2. En el marco de este recurso y sin perjuicio de las facultades inherentes a la autoridad judicial, los magistrados que actúen en esas causas gozarán del poder de convocar testigos, disponer la obtención de pruebas y tener acceso ilimitado a los lugares donde se presume pueda encontrarse una persona privada de libertad.

3. Las dilaciones o la obstrucción de este recurso serán sancionadas penalmente.

### *Artículo 21*

1. Los Estados Partes establecerán en

su legislación nacional normas que permitan designar a los agentes del Estado facultados para ordenar privaciones de libertad, fijen las condiciones en las cuales tales órdenes pueden ser dadas, y prevean las penas que serán imponibles a los agentes del Estado que no proporcionen información sobre una privación de libertad o se nieguen a hacerlo.

2. Los Estados Partes velarán igualmente porque se establezca un control estricto, de acuerdo con una clara jerarquía de mando, sobre todos los responsables de aprehensiones, arrestos, detenciones, prisión preventiva, traslados y encarcelamientos, así como sobre los demás funcionarios encargados de aplicar la ley.

3. El arresto, la detención o el encarcelamiento sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios habilitados o debidamente autorizados para ese fin.

4. No se restringirá ni menoscabará ninguno de los derechos reconocidos u obligatorios vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, de las personas sometidas a cualquier forma de privación de libertad so pretexto de que la presente Convención no reconoce estos derechos o los reconoce en menor grado.

5. Toda forma de privación de libertad y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas some-

tidas a cualquier forma de privación de libertad deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad competente, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad competente.

6. Las autoridades competentes tendrán acceso a todos los lugares donde haya razones para creer que se encuentran personas privadas de libertad.

## *Artículo 22*

1. Los Estados Partes garantizarán que toda persona privada de libertad sea mantenida únicamente en lugares oficialmente reconocidos y controlados y pase sin demora a disposición judicial o de otra autoridad competente, la cual será además informada del lugar donde la persona se halla detenida.

2. Se deberá proporcionar inmediatamente información exacta sobre la privación de libertad de toda persona y sobre su paradero, en particular sobre los traslados y la identidad de los responsables de la privación de libertad y la autoridad a disposición de la cual se ha puesto a la persona, a su abogado o cualquier otra persona que tenga interés legítimo en esa información.

3. Los Estados Partes mantendrán, en todo lugar donde se encuentren personas privadas de libertad, un registro oficial actualizado de las personas allí retenidas. Además, los Estados Partes mantendrán registros centralizados análogos.

## Artículo 24

La información que figure en esos registros estará a disposición de las personas y autoridades mencionadas en el párrafo precedente.

4. Los Estados Partes publicarán periódicamente listas con la identificación de los lugares de privación de la libertad. Dichos lugares serán visitados regularmente por personas calificadas y experimentadas nombradas por una autoridad competente distinta a la autoridad directamente encargada de la administración del lugar.

5. Los Estados Partes determinarán quién es el responsable, en virtud de la legislación nacional, de la integridad y exactitud del expediente de la detención. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la Convención, los Estados Partes tipificarán como delito penal el hecho de que la persona responsable, según se define en las leyes del país, no inscriba en el registro a la persona privada de libertad o consigne información falsa y cuya falsedad debería conocer.

## Artículo 23

Los Estados Partes garantizarán que la puesta en libertad de toda persona privada de libertad se haga con arreglo a las modalidades que permitan verificar con certeza que ha sido efectivamente puesta en libertad y, además, que lo ha sido en condiciones tales que estén aseguradas su integridad física y su facultad de ejercitar plenamente sus derechos.

1. Los Estados Partes garantizarán, en toda circunstancia, el derecho a la reparación por el daño causado a las víctimas de la desaparición forzada.

2. A los efectos de la presente Convención, el derecho a la reparación comprenderá la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y restablecimiento de la dignidad y reputación de las víctimas del delito de desaparición forzada. La rehabilitación de las víctimas de desaparición forzada será tanto física y psicológica como profesional y jurídica.

3. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por víctima del delito de desaparición forzada, a la persona desaparecida, sus familiares próximos y toda persona a cargo del desaparecido y que tenga relación inmediata con él, así como cualquiera que haya sufrido daños al intervenir para evitar su desaparición forzada o para elucidar su destino o paradero.

4. Los actos descritos en los artículos 2 y 3 de la presente Convención, además de las sanciones penales aplicables, comprometerán la responsabilidad civil del Estado, el cual podrá entablar un proceso contra los responsables para recuperar las sumas que ha tenido que pagar, sin perjuicio de la responsabilidad internacional de ese Estado conforme a los principios del derecho internacional.

## Parte II

### Artículo 25

1. Se constituirá un Comité contra la Desaparición Forzada (denominado en lo sucesivo el Comité), el cual desempeñará las funciones que se señalan más adelante. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, que ejercerán sus funciones a título personal y de manera independiente. La función de miembro del Comité es incompatible con cualquier cargo o función que estén integrados en la estructura jerárquica del poder ejecutivo de un Estado Parte. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa y la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.

2. Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta de una lista de personas propuestas por los Estados Partes. Cada uno de los Estados Partes podrá designar no más de dos personas entre sus propios nacionales.

3. Los miembros del Comité serán elegidos en reuniones bienales de los Estados Partes convocadas por el Secretario General de las Naciones Unidas. En estas reuniones, para las cuales formarán quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos al Comité los candidatos que obtengan el mayor

número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos ocho meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándoles a que presenten candidaturas en un plazo de tres meses. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de todas las personas propuestas de este modo, indicando los Estados Partes que las han designado, y la comunicará a los Estados Partes, a las organizaciones intergubernamentales pertinentes y a las organizaciones no gubernamentales, reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social.

5. Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. No obstante, el mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección, el presidente de la reunión a que se hace referencia en el párrafo 3 del presente artículo designará por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

6. Si un miembro del Comité muere o renuncia o por cualquier otra causa no puede ya desempeñar sus funciones en

el Comité, el Estado Parte que presentó su candidatura designará entre sus nacionales a otro experto para que desempeñe sus funciones durante el resto de su mandato, a reserva de la aprobación de la mayoría de los Estados Partes. Se considerará otorgada dicha aprobación a menos que la mitad de los Estados Partes respondan negativamente dentro de un plazo de seis semanas a contar del momento en que el Secretario General de las Naciones Unidas les comunique la candidatura propuesta.

7. Los gastos que ocasione la aplicación de la presente Convención serán sufragados por las Naciones Unidas.

### *Artículo 26*

1. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años. Los miembros de la Mesa podrán ser reelegidos.

2. El Comité establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas, que:

- a) Seis miembros constituirán quórum;
- b) Las decisiones del Comité se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud de la presente Convención.

4. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la primera reunión del Comité. Después de su primera reunión, el Comité se reunirá en las ocasiones que se prevean en su reglamento.

5. Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea general, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

### *Artículo 27*

1. Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, los informes relativos a las medidas que hayan adoptado para dar efecto a las obligaciones que han contraído en virtud de la presente Convención, dentro del plazo del año siguiente a la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate. A la presentación del primer informe de cada Estado Parte interesado, el Comité podrá efectuar una visita al territorio controlado por el Estado Parte. El Estado Parte interesado ofrecerá todas las facilidades para esa visita, en particular la entrada en el país y el acceso a los lugares y a las personas que sea necesario para cumplir la misión pertinente. A partir de entonces, los Estados Partes presentarán informes suplementarios cada vez que lo solicite el Comité.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá los informes a todos los Estados Partes.

3. Cada informe será examinado por el Comité, el cual podrá hacer los comentarios generales, las observaciones y las recomendaciones que considere oportunos y los transmitirá al Estado Parte interesado. El Estado Parte podrá responder al Comité con las observaciones que desee formular.

4. El Comité podrá, a su discreción, tomar la decisión de incluir cualquier comentario, observación y recomendación que haya formulado de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo, junto con las observaciones recibidas del Estado Parte interesado, en su informe anual presentado de conformidad con el artículo 33. Si lo solicitara el Estado Parte interesado, el Comité podrá también incluir copia del informe presentado en virtud del párrafo 1 del presente artículo.

### *Artículo 28*

1. Si el Comité recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente o masivamente la desaparición forzada en el territorio controlado por un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate.

2. Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado Parte, así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el Comité podrá, si decide que está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación e informen urgentemente al Comité.

3. Si se hace una investigación conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité recabará la cooperación del Estado Parte involucrado. De acuerdo con ese Estado Parte, tal investigación podrá incluir una visita al territorio que controla. Las misiones que incluyan visitas al territorio controlado por el Estado Parte estarán a cargo de por lo menos un miembro del Comité, quien podrá estar acompañado, si fuera necesario, por intérpretes, personal de secretaría y expertos. Ningún miembro de la delegación, con excepción de los intérpretes, podrán ser nacionales del Estado que se vaya a visitar.

4. El Comité notificará por escrito al Gobierno del Estado Parte de que se trate su intención de organizar una misión e indicará la composición de la delegación. Durante la misión el Comité podrá visitar los lugares que considere necesarios para el cumplimiento de su cometido. Antes de llevar a cabo una misión, el Comité y el Estado Parte de que se trate, si así lo solicita uno de ellos, celebrarán consultas con miras a acordar sin demora las disposiciones prácti-

cas para la misión. Las consultas sobre disposiciones prácticas para la misión no podrán incluir negociaciones sobre las obligaciones que incumben al Estado Parte en virtud de la presente Convención.

5. Después de examinar el informe presentado por el miembro o miembros conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité transmitirá su informe al Estado Parte de que se trate, junto con sus conclusiones, observaciones y recomendaciones.

6. Cuando se hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2, el Comité podrá incluir los resultados de la investigación junto con las conclusiones, observaciones y recomendaciones en el informe anual que presente conforme al artículo 33, previa consulta con el Estado Parte involucrado.

### *Artículo 29*

Todo Estado Parte en la presente Convención podrá presentar al Comité comunicaciones en el sentido de que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención. Las comunicaciones recibidas en virtud del presente artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:

a) Si un Estado Parte considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones de la presente Convención podrá señalar el asunto a la atención de

dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos interpuestos, en trámite o que puedan utilizarse al respecto;

b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Partes interesados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de los Estados Partes interesados tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado;

c) El Comité conocerá de todo asunto que se le someta en virtud del presente artículo después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la

persona que sea víctima de la violación de la presente Convención;

d) El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo;

e) A reserva de las disposiciones del apartado c), el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de las obligaciones establecidas en la presente Convención. A tal efecto, el Comité podrá designar, cuando proceda, una comisión especial de conciliación;

f) En todo asunto que se le someta en virtud del presente artículo, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el apartado b) que faciliten cualquier información pertinente;

g) Los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el apartado b) tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente o por escrito, o de ambas maneras;

h) El Comité, dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de recibo de la notificación mencionada en el apartado b), presentará un informe en el cual:

i) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el apartado e), se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada;

ii) Si no se ha llegado a ninguna solución con arreglo a lo dispuesto en el apartado e), se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados. En cada asunto, se enviará el informe a los Estados Partes interesados.

### *Artículo 30*

1. Cualquier persona o grupo de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte, u organización no gubernamental, pueden presentar al Comité comunicaciones relacionadas con la violación de las disposiciones de la presente Convención por un Estado Parte.

2. El Comité considerará inadmisibles toda comunicación recibida de conformidad con el presente artículo que sea anónima, o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar dichas comunicaciones o que sea incompatible con las disposiciones de la presente Convención.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2, el Comité señalará las comunicaciones que se presenten de conformidad con este artículo a la atención del

Estado Parte respecto del cual se alegue que ha violado cualquier disposición de la Convención. Dentro de un plazo de seis meses, el Estado destinatario proporcionará al Comité explicaciones o declaraciones por escrito que aclaren el asunto y expongan la medida para remediar la situación que ese Estado haya podido adoptar al respecto.

4. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de conformidad con el presente artículo a la luz de toda información puesta a su disposición por el autor de la comunicación de que trata el párrafo 1 o en su nombre, y por el Estado Parte interesado. El Comité podrá, cuando lo estime conveniente, celebrar audiencias y efectuar misiones de investigación. A estos efectos, el Comité se registrará por los párrafos 3 y 4 del artículo 28.

5. El Comité no examinará ninguna comunicación presentada de conformidad con este artículo, a menos que se haya cerciorado de que:

- a) La misma cuestión no ha sido, ni está siendo, examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional;
- b) El autor de la comunicación ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando no existan en la legislación interna del Estado Parte recursos efectivos para la protección del derecho que se alegue violado, no se

haya permitido el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente, o cuando no sea probable que a consecuencia del recurso mejore la situación de la persona que sea víctima de la violación.

6. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.

7. En casos de urgencia, el Comité podrá pedir al Estado Parte interesado tomar las medidas cautelares que considere pertinentes, cuando se haga necesario evitar daños irreparables. Cuando el Comité ejerza esta función en el marco de las comunicaciones que esté examinando, la solicitud de tomar tales medidas y su adopción no prejuzgarán su decisión final.

8. El Comité comunicará sus observaciones al Estado Parte interesado y al autor de la comunicación.

### *Artículo 31*

1. El Comité podrá realizar todo procedimiento eficaz para la búsqueda y hallazgo de personas desaparecidas en el sentido de esta Convención, por iniciativa propia, a solicitud de un Estado Parte, de una persona, de un grupo de personas o de una organización no gubernamental.

2. El Comité considerará inadmisibles toda solicitud recibida de conformidad con el presente artículo que sea anónima, o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar dichas solicitudes o que sea incompatible con las disposiciones de la presente Convención. En ningún caso se requerirá el agotamiento de los recursos internos.

3. El Comité podrá, si decide que está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una misión de investigación e informen urgentemente al Comité. El Comité se registrará por lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo 28 de la presente Convención.

4. El Comité desempeñará esta función a título estrictamente neutral y humanitario.

### *Artículo 32*

Los miembros del Comité y quienes los acompañen en las misiones en territorio de los Estados Partes a que se refieren los artículos 28, 29 y 31, tendrán derecho a las facilidades, prerrogativas e inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñen misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas.

### *Artículo 33*

1. El Comité presentará un informe

anual sobre sus actividades en virtud de la presente Convención a los Estados Partes y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Para asegurar el seguimiento de sus observaciones y de sus recomendaciones, el Comité incluirá en el informe de que trata el párrafo 1 del presente artículo, las medidas tomadas por los Estados Partes para asegurar el cumplimiento efectivo de las observaciones y recomendaciones hechas en virtud de los artículos 27, 28, 29, 30 y 31 de la presente Convención.

## **Parte III**

### *Artículo 34*

1. La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados.

2. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

### *Artículo 35*

La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

### *Artículo 36*

1. En el momento de la firma o de la

ratificación de la Convención o adhesión a ella, ningún Estado podrá formular reservas con respecto a los artículos 1 a 24 y 31 de esta Convención, ni formular una reserva cuyo efecto fuera impedir el funcionamiento de cualesquiera de los órganos establecidos por la presente Convención.

2. Todo Estado que haya formulado una reserva con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento mediante comunicación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

### *Artículo 37*

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

### *Artículo 38*

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a todos los Estados que hayan firmado la presente Convención o se hayan adherido a ella:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones con arreglo a los artículos 34 y 35;
- b) La fecha de entrada en vigor de la presente Convención con arreglo al artículo 37.

### *Artículo 39*

1. La presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas remitirá copias certificadas de la presente Convención a todos los Estados.

### Memorial en derecho *Amicus Curiae* presentado por la Comisión Internacional de Juristas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Efraín Bámaca Velásquez c. Guatemala

En junio de 2000, la Comisión Internacional de Juristas a solicitud del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), peticionario en la causa, sometió a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos un Memorial en derecho *Amicus Curiae* en el caso Efraín Bamaca Velásquez c. Guatemala. La Corte Interamericana de Derechos Humanos rindió su sentencia el 25 de noviembre de 2000<sup>1</sup>.

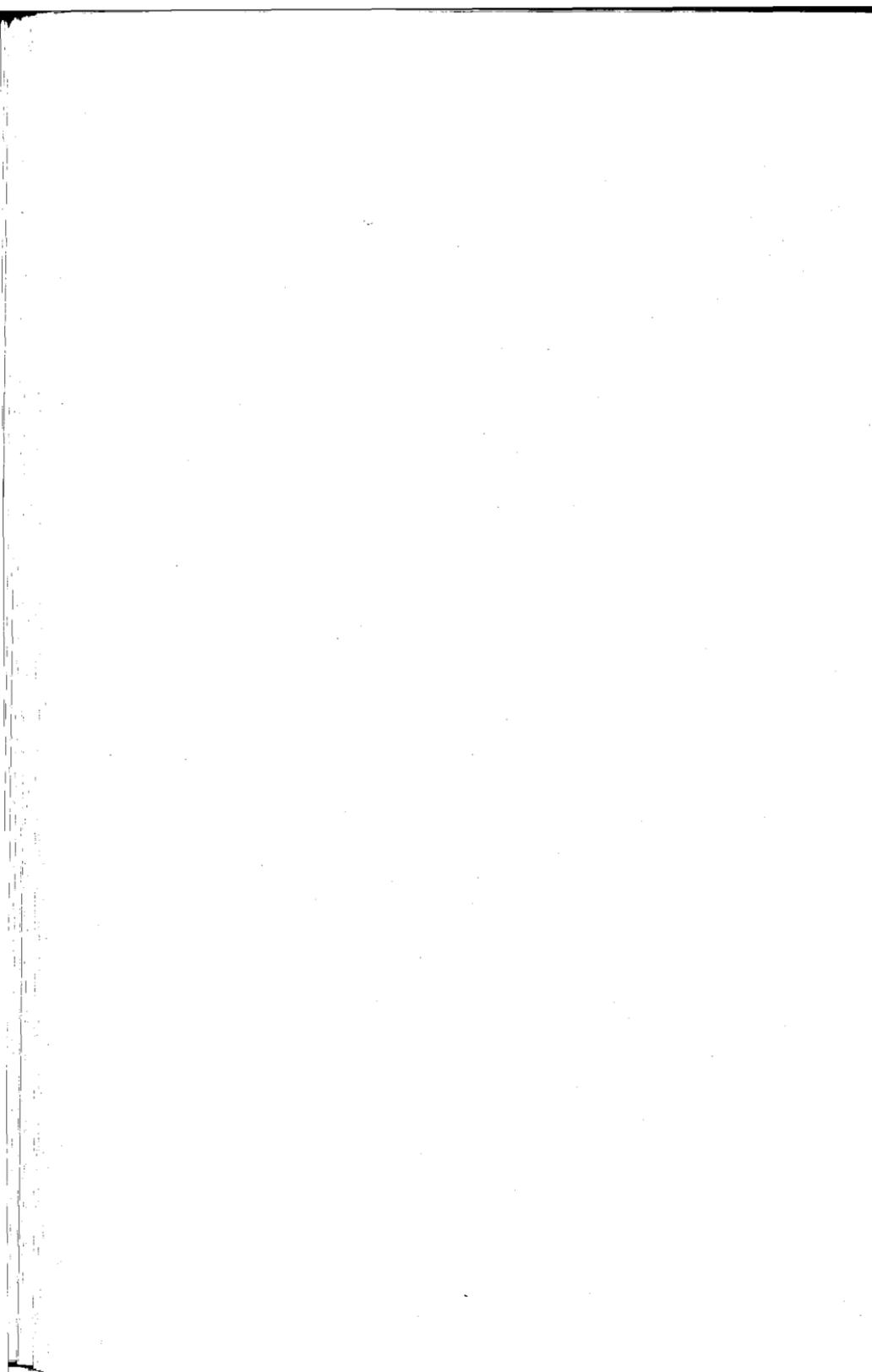
Efraín Bámaca Velásquez, combatiente de la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) y conocido como el “comandante Everardo”, “desapareció” el 12 de marzo de 1992, después de un enfrentamiento entre el Ejército y la guerrilla en la aldea de Montúfar, cercana a Nuevo San Carlos, Retalhuleu, en la región oeste de Guatemala. Según lo establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Efraín Bámaca Velásquez fue capturado por miembros del Ejército guatemalte-

co, recluido secretamente en dependencias militares y torturado. Desde entonces está “desaparecido”. El 30 de agosto de 1996, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Uno de los temas centrales de la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos residía en el derecho a la verdad que le asiste a los familiares de personas víctimas de desaparición forzada y la obligación del Estado de garantizar este derecho. El Memorial en derecho *Amicus Curiae*, presentado por la Comisión Internacional de Juristas, está fundamentalmente centrado en este tema trae a cuenta la evolución jurisprudencial y doctrinaria, tanto en el ámbito universal como regional, del derecho a la verdad que tienen los familiares de víctimas de desaparición forzada.

---

<sup>1</sup> Ver el texto de la Sentencia en [http://corteidh-oea.nu.or.cr/ci/PUBLICAC/SERIE\\_C/C\\_70\\_ESP.HTM](http://corteidh-oea.nu.or.cr/ci/PUBLICAC/SERIE_C/C_70_ESP.HTM)



# Memorial en derecho *Amicus Curiae* presentado por la Comisión Internacional de Juristas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Efraín Bámaca Velásquez c. Guatemala

## I.- INTRODUCCIÓN Y SUMARIO

01. La Comisión Internacional de Juristas agradece a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos la oportunidad que tiene, en el marco de la tramitación del Caso Efraín Bámaca Velásquez contra Guatemala, de presentar algunas consideraciones en torno al derecho a la verdad que le asiste a las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares, en particular a los familiares de personas víctimas de desaparición forzada.

02. La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental dedicada a promover la comprensión y observancia del Imperio del Derecho y la protección de los derechos humanos en todo el mundo. La organización fue creada en 1952 y su sede central está ubicada en Ginebra (Suiza). La Comisión Internacional de Juristas está integrada por 45 eminentes juristas, representativos de diferentes sistemas jurídicos del mundo, y cuenta así mismo con 90 secciones nacionales y organizaciones jurídicas afiliadas. La Comisión Internacional de Juristas goza de estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las

Naciones Unidas, la UNESCO, el Consejo de Europa y la Organización de la Unidad Africana. Así mismo, la organización mantiene relaciones de cooperación con órganos de la Organización de los Estados Americanos.

03. La Comisión Internacional de Juristas trabaja para la plena vigencia del Imperio del Derecho así como la plena vigencia de los Derechos Humanos. En particular, la Comisión Internacional de Juristas apoya a las víctimas de violaciones de derechos humanos en su demanda de derecho a la justicia, derecho a la reparación y derecho a la verdad. Asimismo, la organización ha contribuido en la elaboración de nuevos estándares internacionales sobre los derechos a la verdad y a la reparación. En particular, la Comisión Internacional de Juristas ha contribuido a la elaboración de los proyectos de *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* y de *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparación*, hoy en curso de estudio en la Comisión de Derechos Hu-

manos de las Naciones Unidas. De ahí, la Honorable Corte puede comprender el interés particular que Comisión Internacional de Juristas tiene en el caso Efraim Bámaca Velásquez contra Guatemala.

04. La Comisión Internacional de Juristas quiere, con la presentación de este *Amicus Curiae*, tratar el derecho a la verdad que le asiste a las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares, y en particular a los familiares de personas víctimas de desaparición forzada (Punto II.). Este derecho a la verdad está estrechamente relacionado con otros derechos, así como: el derecho a no ser sometido a tortura y a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Punto III), el derecho a obtener reparación (Punto IV), el derecho a un recurso efectivo (Punto V) y el derecho a la información (Punto VI). Así mismo, el derecho a la verdad está igualmente relacionado con el Deber de Garantía (Punto VII), y más específicamente con la obligación de investigar (Punto VIII). La Comisión Internacional de Juristas considera que la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en su decisión sobre el fondo puede ahondar, por las particularidades del asunto, en el derecho a la verdad que tienen los familiares de víctimas de desaparición forzada y la obligación del Estado de garantizar tal derecho.

## II. EL DERECHO A LA VERDAD

05. El derecho a la verdad que le asiste a las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares ha cobrado cada vez mayor importancia en la última década. Un fenómeno particular, que corrobora la afirmación anterior, es la creación en varios países de “comisiones de la verdad”, y otros mecanismos similares, encaminadas básicamente a comprobar violaciones a los derechos humanos producidas, develar las incógnitas sobre la suerte corrida por las víctimas, identificar responsables y, en algunos casos, ofrecer las bases para el juzgamiento de aquellos.

06. El derecho a la verdad no es una reivindicación contemporánea. Este derecho ha sido reclamado a lo largo de la historia por las víctimas, sus familiares y, en ciertos contextos, por la sociedad misma. En el célebre e insigne caso del capitán Alfred Dreyfus, hace un siglo en Francia y considerado una de las piedras de toque en la evolución de los derechos humanos en Europa, el derecho a la verdad sería el motor principal que permitiría el triunfo de la “razón humana sobre la razón de Estado” y la reparación de una injusticia. “Suplico al Senado permitir mi derecho a la verdad”, escribiría el capitán Dreyfus dirigiéndose al Senado francés clamando la apertura de una investigación sobre los hechos por los cuales había sido injustamente condenado<sup>1</sup>. Con igual propósito y dirigiéndose

<sup>1</sup> Carta de Alfred Dreyfus al Senado de la República francesa, publicada en *L'Echo* de Paris, edición del 14 de marzo de 1900, y reproducida en Jen. Denis Bredin, *L'affaire*, Ed. Julliard, Paris 1983, pág. 560 (Traducción libre).

esta vez al Presidente de la República francesa, el capitán Dreyfus escribiría "No estoy desposeído de todos mis derechos: conservo el derecho de todo hombre a defender su honor y a hacer proclamar la verdad"<sup>2</sup>. La rehabilitación del capitán Alfred Dreyfus, en los albores del siglo XX, significaría el triunfo del derecho a la verdad tantas veces invocado por el oficial francés.

07. Verdad y Justicia han sido los hilos conductores de acción de la Comunidad internacional ante los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el siglo pasado. La Verdad, como elemento necesario en el proceso social de construcción de memoria colectiva y preventivo de nuevos crímenes, junto con la Justicia, fue uno de los *leit-motifs* para la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. "La defensa jurídica del derecho a la memoria fue uno de los objetivos fundamentales de los autores del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg", concluiría el Experto sobre la impunidad de autores de violaciones a los derechos civiles y políticos, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas<sup>3</sup>. La Comisión de Ex-

pertos sobre las transgresiones graves de los Convenios de Ginebra y otras violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aseveraba en su informe final que "es inevitable la conclusión de que, para que en el futuro, haya paz será necesario que también haya justicia, y que la justicia comienza por la determinación de la verdad"<sup>4</sup>.

### a) El Derecho internacional humanitario

08. El Derecho internacional humanitario de los conflictos armados ha reconocido explícitamente la existencia del derecho a la verdad de los familiares de víctimas de desaparición forzada. Ello ha sido el fruto de una larga evolución. La suerte y el paradero de los combatientes desaparecidos en combate o en poder del enemigo, así como la angustia de sus familiares por conocer el destino de sus seres queridos, fueron preocupaciones centrales en el desarrollo del derecho internacional humanitario. Las Conferencias internacionales de París y Berlín, celebradas en 1867 y 1869 respectivamente<sup>5</sup>,

<sup>2</sup> Carta de Alfred Dreyfus al Presidente Waldeck-Rousseau, de fecha 26 de diciembre de 1900, apartes reproducidos en *L'affaire*, Op. Cit., pág. 571 (Traducción libre).

<sup>3</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1993/6, párr. 85.

<sup>4</sup> *Informe final de la Comisión de Expertos Establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad* (1992), en documento de las Naciones Unidas S/1994/674, de 27 de mayo de 1994, Anexo, párr. 320.

<sup>5</sup> François Bugnion, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Ed. Comité International de la Croix-Rouge, Genève 1994, pág. 569 y ss.

constituyeron los primeros avances en la materia. Los Convenios de Ginebra de 1949 incorporaron varias disposiciones<sup>6</sup>, que imponen obligaciones a las partes beligerantes, para responder a estos problemas así como prescribieron el establecimiento de una Agencia central de búsqueda.

09. La emergencia de nuevos conflictos armados en los años 60, como las luchas de liberación nacional, contra la ocupación extranjera o contra regímenes racistas, colocaron con mayor fuerza el problema de la suerte corrida por los desaparecidos y la necesidad de responder adecuadamente a la angustia de sus familiares. Es así como la XXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Teherán en 1973, adoptaría, por unanimidad, su Resolución V llamando a las partes en conflicto a proveer informaciones y cooperar con el Comité Internacional de la Cruz Roja en orden a establecer la suerte corrida y el paradero de los desaparecidos.

10. Con la adopción en 1977 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*, conocido como

Protocolo I, aparecería la primera norma convencional que explícitamente reconoce la existencia del “derecho que le asiste a la familias de conocer la suerte de sus miembros” desaparecidos (artículo 32). Este derecho sería reconocido expresamente como un “principio general” del derecho internacional humanitario en cuanto a personas desaparecidas. Así lo reiteró la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en 1986, en su Resolución XIII.

11. Ciertamente el concepto de “desaparición” en el derecho internacional humanitario es más amplio que el de “desaparición forzada” del derecho internacional de los derechos humanos. De modo general la noción de “desaparición” en el Derecho internacional humanitario cubre todas aquellas situaciones en las que la suerte o paradero de una persona es desconocido. En ese orden de ideas, el concepto de “desaparición” cubre varias situaciones, a saber: los heridos y enfermos en poder del enemigo y que no han sido identificados; los prisioneros de guerra o internados civiles cuyos nombres no han sido registrados o transmitidos; los combatientes “desaparecidos en acción”; personas civiles arrestadas, encarceladas o secuestradas

---

<sup>6</sup> En particular los artículos 16 y 17 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); el artículo 122 y siguientes del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III); y el artículo 136 y siguientes del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra (Convenio IV).

sin que se informe a sus familiares, así como las personas víctimas de desaparición forzada, en el sentido del derecho internacional de los derechos humanos. En todas esas hipótesis, el derecho internacional humanitario reconoce el derecho que tienen las familias a conocer la suerte corrida por sus miembros desaparecidos.

12. Aun cuando los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I no emplean la locución “desaparición forzada”, la noción de “desaparición” la abarca. En ese orden de ideas, el derecho internacional humanitario reconoce el derecho que tienen las familias a conocer la suerte corrida por sus seres queridos víctimas de desaparición forzada. La XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Manila en 1981, reafirmó la existencia de tal derecho en su Resolución II sobre “desapariciones forzadas o involuntarias” al señalar que:

“las familias tienen derecho a ser informadas sobre el paradero, la salud y el bienestar de sus miembros, derecho refrendado en diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas”.

13. El Protocolo Adicional I se aplica a situaciones de conflicto armado internacional. El artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y el *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) no disponen de ninguna expresa prescripción sobre desaparición ni sobre el derecho de los familiares a saber la suerte corrida por el desaparecido, incluidas en esta categoría las personas víctimas de desaparición forzada. No obstante estas carencias, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja ha reiterado que el derecho a saber la verdad acerca de la suerte corrida por las personas víctimas de desaparición forzada se aplica tanto a situaciones de conflicto armado internacional como a situaciones de conflicto armado interno. Así, La XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al reiterar la existencia de tal derecho, no distinguió en su resolución entre conflicto armado internacional y conflicto armado interno.

14. El artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y el artículo 4 del Protocolo II a estos Convenios establecen el principio acorde al cual las personas que no participan directamente en las hostilidades deben ser tratadas con humanidad en toda circunstancia. Con base a estas dos normas, “[n]o cabe duda que, el hecho de rehusar a las familias las informaciones de que se dispone acerca de las personas muertas o desaparecidas constituye una forma de tortura moral que no es compatible con esta obligación”<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> François Bugnion, Op. Cit., pág. 576 (Traducción libre).

15. La doctrina<sup>8</sup> encontró el asidero del derecho a la verdad que le asiste a los familiares de personas víctimas de desaparición forzada, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, en el artículo 32 del Protocolo I y, de manera general, en el derecho internacional humanitario. Una de las primeras reuniones internacionales, sino la primera, el Coloquio la desaparición forzada de personas, celebrada en París en enero y febrero de 1981, abordó este problema. En lo que atiene a los familiares de las personas víctimas de desaparición forzada, el Relator de este Coloquio, el Magistrado francés Louis Joinet, consignaría en su informe final que:

“Su derecho a la protección encuentra su fuente en el derecho fundamental que tienen las familias de conocer la suerte corrida por sus seres queridos, tal como lo definen las convenciones y protocolos de Ginebra. [...] Sería chocante sobre el plano humanitario -y por lo menos paradójico en derecho- constatar que, *de facto*, las personas sometidas a

desapariciones forzadas o involuntarias no beneficien de las mismas garantías que el derecho positivo reconoce y en particular los convenios de Ginebra, a las personas desaparecidas en el curso o con ocasión de los conflictos armados”<sup>9</sup>.

Sobre esta base, el Coloquio de París recomendaría que:

“La protección, en tiempos de paz, de los desaparecidos y sus familias debe ser superior -o a *fortiori* al menos igual- a la reconocida a los desaparecidos en tiempos de guerra”<sup>10</sup>.

16. Este principio de igual o superior protección en tiempos de paz en relación con la protección reconocida en tiempos de guerra sería reiterado por la Reunión de expertos sobre derechos no expuestos a suspensión en situaciones de emergencia y circunstancias excepcionales, organizada por el Relator Especial sobre la Cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción de las Naciones Unidas<sup>11</sup>. La reunión de exper-

<sup>8</sup> Ver por ejemplo Rodolfo Mattarollo, “Impunidad, democracia y derechos humanos” en *Por la Vida y la Paz de los Pueblos Centroamericanos*, serie *Cuadernos centro americanos de derechos humanos*, No. 2, Ed. Codehuca, San José, Costa Rica, 1991, pág.7; y Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, ed. Bruylant, Bruselas, 1994, párr. 3.35, pág. 502.

<sup>9</sup> Louis Joinet, “Raport générale”, en *Le refus de l’oubli - La politique de disparition forcée de personnes - Colloque de Paris, Janvier/février 1981*, Ed. Berger-Levrault, collection “Mondes en devenir”, Paris 1982, pag. 302 (Traducción libre).

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Ver Informe de la Reunión de expertos sobre derechos no expuestos a suspensión en situaciones de emergencia y circunstancias excepcionales, celebrada en Ginebra del 17 al 19 de marzo de 1995 reproducida en el informe del Relator Especial sobre la Cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción de las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1995/20, Anexo I, .

tos concluía que, dada la concordancia de la jurisprudencia y de las opiniones de los relatores especiales de las Naciones Unidas, el derecho a la verdad constituye una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>12</sup>.

17. El derecho internacional humanitario ha sido reconocido como fuente de derecho en lo que atiene el derecho a la verdad que le asiste a los familiares de víctimas de desaparición forzada. Así, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, en su primer informe a la Comisión de Derechos Humanos, reconocería la existencia del derecho de las familias a conocer la suerte corrida por sus miembros víctimas de desaparición forzada, con base el Protocolo I de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra<sup>13</sup>. En el ámbito interamericano, en 1988, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tratándose de la suerte corrida por los menores desaparecidos o sustraídos de sus padres desaparecidos durante el régimen militar en Argentina, aseveró que las normas del derecho internacional humanitario, y más particularmente el Protocolo I de 1977 a los

cuatro Convenios de Ginebra, "establecen el derecho de las familias a conocer la suerte que han corrido sus miembros"<sup>14</sup>. No obstante, órganos y mecanismos intergubernamentales de derechos humanos encontrarían fundamentos complementarios del derecho a la verdad también en otras fuentes e instrumentos jurídicos. Así, serían indicados el derecho a protección de la familia<sup>15</sup>, el derecho del niño a no ser separado de sus padres<sup>16</sup> y, en el ámbito interamericano, los derechos a la protección de la ley, a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la información.

## b) El Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

18. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido expresamente la existencia del derecho a la verdad de los familiares de víctimas de desaparición forzada. En un caso de desaparición forzada, el Comité de Derechos Humanos concluyó que «la autora [de la comunicación al Comité y madre de la persona desaparecida] tiene el derecho a saber lo que ha sucedido con su hija»<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Ibid, párr. 40, pág. 57.

<sup>13</sup> Documentos de las Naciones Unidas, E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981, párr. 187.

<sup>14</sup> *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1987-1988*, 1988, documento de la OEA, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10, rev. 1, pág. 359.

<sup>15</sup> Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>16</sup> Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>17</sup> Comité de Derechos Humanos, Decisión de 21 de julio de 1983, Caso María del Carmen Almeida de Quintero y Elena Quintero de Almeida (Uruguay), Comunicación N° 107/1981, párr. 14.

19. El Comité de Derechos Humanos, sin emplear el vocablo "derecho a la verdad" y sin circunscribirse a las desapariciones forzadas, ha instado a Estados partes *al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* a garantizar que las víctimas de violaciones de derechos humanos conozcan la verdad respecto a los hechos cometidos. En sus Observaciones finales al informe inicial de Guatemala, el Comité de Derechos Humanos exhortó a las autoridades guatemaltecas a, *inter alia*, continuar trabajando para que "las víctimas de violaciones de derechos humanos encuentren la verdad sobre esos actos"<sup>18</sup>.

20. El derecho a la verdad que le asiste a los familiares de víctimas de desaparición forzada ha sido reconocido por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias desde su primer informe a la Comisión de Derechos Humanos<sup>19</sup>. En su segundo informe, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias concluía que, respecto de los familiares del desaparecido:

"[u]nquestionably, their right to know can be neither denied nor ignored"<sup>20</sup>.

21. El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias encontraría el fundamento<sup>21</sup> del derecho a la verdad que le asiste a los familiares de víctimas de desaparición forzada, tanto en el artículo 32 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra como en numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>22</sup>. El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, en 1984, concluiría que, en toda circunstancia:

"[i]t has been clearly decided by the international community that the relatives of missing persons have a right to know their whereabouts or fate"<sup>23</sup>.

22. El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas, al tratar la problemática de los niños desaparecidos o sustraídos de padres desaparecidos, invocarían el derecho internacional humanitario y reiterarían el principio de igual o superior protección en tiempos de paz a la reconocida en tiempos de guerra. Los principios de protección para los niños en tiempos de guerra o de conflicto deben *a fortiori* ser respetados en tiempos de paz<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones y recomendaciones al Estado de Guatemala, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.63, párrafo 25.

<sup>19</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981, párr. 187.

<sup>20</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1492, de 31 de diciembre 1981, párr. 5.

<sup>21</sup> Documentos de las Naciones Unidas, E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981, párr. 186; y E/CN.4/1983/14, párr. 134.

<sup>22</sup> En especial las resoluciones 34/179 y 35/188 sobre la situación de los derechos humanos en Chile.

<sup>23</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1984/21, párra 171.

<sup>24</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1984/21, párr. 159.

23. El derecho a la verdad que le asiste a las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares, y en particular a los familiares de personas víctimas de desaparición forzada, ha sido igualmente reconocido por diferentes mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas así como por su Subcomisión. Así en 1985, el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en su informe final sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la protección de los derechos humanos, llegaba a la conclusión de que “[c]on respecto a las víctimas de las desapariciones involuntarias o forzadas, se reconoce cada vez más a las familias el ‘derecho a saber’”<sup>25</sup>. La Reunión de expertos sobre derechos no expuestos a suspensión en situaciones de emergencia y circunstancias excepcionales, organizada por el Relator Especial sobre la Cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción, concluía que el derecho a la verdad constituye “una norma de derecho internacional consuetudinario”<sup>26</sup>. El Relator especial encargado de la cuestión de la independencia de los jueces y abogados, de la Comisión de Derechos Humanos, en su informe sobre su misión

al Perú, concluía que las leyes de amnistía peruanas “privan a las víctimas de su derecho de conocer la verdad”<sup>27</sup>.

24. El Experto sobre la impunidad de autores de violaciones a los derechos civiles y políticos, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, ha considerado que el derecho a la verdad -o “derecho a saber” según la locución empleada por él- existe como tal y es un “derecho inalienable”<sup>28</sup>. El estudio del experto concluiría en la elaboración de un proyecto de *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*<sup>29</sup>, hoy bajo examen de la Comisión de Derechos Humanos. Este proyecto incorpora en sus principios el “derecho de las víctimas a saber”. Más específicamente, el Principio 3 dispone:

“Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”.

<sup>25</sup> “Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos”, documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1985/16, pág. 19.

<sup>26</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1995/20, Anexo I, párr. 40, pág. 57.

<sup>27</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1998/39/Add.1, párr. 131.

<sup>28</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1993/6, párr. 101.

<sup>29</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1997/Rev.1, Anexo I.

25. Para el experto sobre la cuestión de la impunidad “[l]a lucha contra la impunidad tiene su origen en la necesidad de que se haga justicia, pero no puede centrarse únicamente en ese objetivo: castigar a los culpables. Debe responder a tres imperativos: sancionar a los responsables, pero también satisfacer el derecho de las víctimas a saber y obtener reparación y, además, permitir que las autoridades desempeñen su mandato como poder público que garantiza el orden público”<sup>30</sup>.

26. El Relator Especial sobre la Cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción, de las Naciones Unidas, ha destacado que el derecho de las familias a ser informados acerca del paradero de sus miembros tiene igualmente fundamento jurídico en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, y más precisamente en su artículo 9 (4)<sup>31</sup>. Esta disposición, establece, en caso de separación del niño de sus padres por una medida adoptada por el Estado, la obligación estatal de proporcionar información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, al niño, a los padres e incluso, en ciertas circunstancias, a otros familiares<sup>32</sup>.

### c) El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

27. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en sus resoluciones, y aun cuando no ha utilizado la locución “derecho a la verdad”, ha instado a los Estados a informar a los familiares sobre la suerte de las víctimas de desaparición forzada<sup>33</sup>. Esta exhortación sería reiterada por la Asamblea General en su trascendental Resolución 666 (XIII-0/83)<sup>34</sup> -en la que se declaró que la práctica de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad- así como en posteriores resoluciones<sup>35</sup>.

28. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido, desde larga data, el derecho a la verdad, tanto de manera general para las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares, como específicamente en lo que concierne las desapariciones forzadas. En su informe anual correspondiente a 1985 y 1986, la Comisión Interamericana concluía que:

<sup>30</sup> Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de las violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1993/6, párr.16.

<sup>31</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1991/20, Anexo I, pág. 45.

<sup>32</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1991/20, Anexo I, pág. 45.

<sup>33</sup> Resolución AG/RES. 618 (XII-0/82), adoptada el 20 de noviembre de 1982, párr. 7.

<sup>34</sup> Resolución AG/RES. 666 (XIII-0/83), adoptada el 18 de noviembre de 1983 párr. 5.

<sup>35</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución AG/RES. 742 (XIV-0/84), adoptada el 17 de noviembre de 1984, párr. 5.

“[N]ada puede impedir a los familiares conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos”<sup>36</sup>.

29. En su “Estudio sobre la situación de los hijos menores de personas desaparecidos que fueron separados de sus padres y son reclamados por miembros de sus legítimas familias”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconocía la existencia del derecho a la verdad, basado en normas del Derecho internacional humanitario<sup>37</sup>. No obstante, la doctrina establecida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de estos años la llevaría a fundar igualmente el derecho a la verdad en la normatividad interamericana de derechos humanos. Así, en el caso Ignacio Ellacuría, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluía que:

“El derecho a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a las graves violaciones de los derechos humanos que ocurrieron en El Salvador, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos, constituye una obligación que el

Estado debe satisfacer respecto de las familias de las víctimas y a la sociedad en general. Tales obligaciones surgen fundamentalmente de lo dispuesto en los artículos 1 (1), 8 (1), 25 y 13 de la Convención”<sup>38</sup>.

30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su trascendental sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, reconoció la existencia del derecho que le asiste a los familiares de víctimas de desaparición forzada de conocer el destino o suerte corrida por el desaparecido<sup>39</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró la existencia de tal derecho en su sentencia sobre el caso Godínez Cruz<sup>40</sup>.

31. En su sentencia sobre el caso Castillo Páez, aun cuando no empleo la locución “derecho a la verdad”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la existencia del “derecho de los familiares de la víctima de conocer cual fue el destino de esta”<sup>41</sup>. Asimismo en su sentencia sobre el caso Blake, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aseveró que:

<sup>36</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986, OEA/Ser.L./V/II.68, Doc. 8 rev 1, de 28 de septiembre de 1986, pág. 205.

<sup>37</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1987-1988, OEA/Ser.L./V/II. 74, Doc. 10 rev 1, de 16 de septiembre de 1988, pág. 359.

<sup>38</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nol 136/99, de 22 de diciembre de 1999, Caso Ignacio Ellacuría y otros, párr. 221.

<sup>39</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988*, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 4, párr. 181, pág. 75.

<sup>40</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989*, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 5, párr. 191.

<sup>41</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Caso Castillo Páez, párr. 90.

“el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas”<sup>42</sup>.

## d) La titularidad del derecho a la verdad

32. Es unánime la jurisprudencia y la doctrina arriba reseñadas en considerar que efectivamente los familiares del desaparecido tienen un derecho a conocer la suerte corrida por este, en otros términos, un derecho a la verdad. No obstante la observación empírica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos así como del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias sobre el impacto de la práctica de la desaparición forzada ha revelado el grupo de personas afectadas por la falta de conocimiento sobre el destino o la suerte corrida por el desaparecido sobrepasa el concepto de familia. Así, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias ha establecido que no sólo los familiares del desaparecido quedan

sometidos a una “incertidumbre angustiosa”, sino también otros parientes y dependientes de la víctima, de tal suerte que existe un «amplio círculo de las víctimas de una desaparición»<sup>43</sup>. Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que no sólo los familiares eran afectados por no saber la suerte corrida por el desaparecido, sino también sus amigos y allegados. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual correspondiente a 1977, señalaba que la desaparición forzada “es [...] una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte”<sup>44</sup>. Igualmente, en su informe anual correspondiente a 1978, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluía que la desaparición “[a]fecta, asimismo a todo el círculo de familiares y allegados que esperan meses y a veces años alguna noticia sobre la suerte de la víctima”<sup>45</sup>.

33. El carácter de “grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana”<sup>46</sup>, de práctica in-

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de enero de 1998, Caso Blake, párr. 97.

<sup>43</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1990/13, párr. 339.

<sup>44</sup> *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1977, 1978*, OEA/Ser.L/V/II.43, doc.21, corr.1, pág. 24. Igualmente ver *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, 1980, documento de la OEA OEA/Ser.L/V/II/49, doc. 19, pág. 59.

<sup>45</sup> *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1978*, OEA/Ser.L/II.47, doc. 13 rev. 1, de 29 de junio de 1979, pág. 23. En ese mismo sentido, ver *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1980 - 1981*, OEA/Ser.G, CP/doc.1201/1981, de 20 de octubre de 1981, pág. 113.

<sup>46</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, Preámbulo, párrafo 3.

humana<sup>47</sup>, que reviste la desaparición forzada, hace que esta violación múltiple de derechos humanos<sup>48</sup> afecta a la sociedad en sí misma. Huelga reconocer que la desaparición forzada está asociada a formas no sólo ilegales de proceder de la autoridad pública sino, fundamentalmente, a formas clandestinas y, generalmente, asociadas a modalidades de creación de terror. El sentimiento de inseguridad que genera esta práctica, no sólo entre familiares y allegados del desaparecido, se extiende a las comunidades o colectividades a las que pertenece la víctima y a la sociedad misma. Con acierto, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas ha reconocido que las desapariciones forzadas no sólo tienen consecuencias desastrosas para las familias de las víctimas, sino también tienen efectos devastadores en las sociedades en la que se practican<sup>49</sup>. Esa misma constatación fue hecha por la XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en 1981, en la que reconoció que las des-

apariciones forzadas o involuntarias causaban no sólo grandes sufrimientos a los familiares del desaparecido "sino también a la sociedad"<sup>50</sup>. Ciertamente contextos nacionales en los que la desaparición forzada se practica de modo sistemático o a gran escala, hacen mayormente visible el clima de inseguridad generalizado que crea en la sociedad la desaparición forzada<sup>51</sup>. En ese orden de ideas, conocer la verdad es un anhelo legítimo y necesario para la sociedad.

34. El establecimiento en varios países, tanto del hemisferio como en otros continentes, de "comisiones de la verdad", y otros mecanismos similares, encaminadas básicamente a comprobar violaciones a los derechos humanos producidas, responden a esa necesidad de que la sociedad conozca la verdad de lo acontecido. Los Acuerdos de México, firmados el 27 de abril de 1991 entre el Gobierno de EL Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, que estableció la creación de la Co-

<sup>47</sup> Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1982 - 1983, OEA/Ser.L/V/II.61, doc.22, rev.1, pág. 35.

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, *Sentencia de 29 de julio de 1988*, párr. 155; Caso Godínez Cruz, *Sentencia de 20 de enero de 1989*, párr. 163; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, *Sentencia de 15 de marzo de 1989*, párr. 147; y Caso Blake, *Sentencia de 24 de enero de 1998*, párr. 65.

<sup>49</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1985/15, párr. 291.

<sup>50</sup> XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Manila, 1981, Resolución II «Desapariciones forzadas o involuntarias».

<sup>51</sup> Ver por ejemplo: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.49, doc.19, 11 de abril 1980, pág. 147; y *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.66, doc.16, 3 de octubre de 1980, pág. 113.

*misión de la Verdad*, recalcan que “la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad”<sup>52</sup> acerca de los graves hechos de violencia ocurridos desde 1980. El Acuerdo firmado entre el Gobierno guatemalteco y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, el 23 de junio de 1994, estableciendo *la Comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimiento a la población guatemalteca*, reconoció expresamente “el derecho del pueblo de Guatemala a conocer plenamente la verdad”<sup>53</sup>.

35. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos abordó progresivamente esta dimensión. Así, el impacto social de la desaparición forzada llevó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala, a concluir que las desapariciones forzadas afectaban “familiar, social, moral y jurídicamente al pueblo de Guatemala”<sup>54</sup>. En ese orden de ideas, y como

principio general, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que:

“Toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”<sup>55</sup>.

36. Más recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que:

“El derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación”<sup>56</sup>.

37. Igual perspectiva asumió el Experto sobre la impunidad de autores de violaciones a los derechos civiles y políticos, al considerar que la titularidad del

---

<sup>52</sup> Acuerdos de México, Acuerdo N° IV “Comisión de la Verdad”, en *Acuerdos de El Salvador: en el camino de la Paz*, Naciones Unidas, DPI/1208-92615-July 1992-7M, pág. 17.

<sup>53</sup> “Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimiento a la población guatemalteca”, preámbulo, párr. 2, en *Los Acuerdos de Paz*, Ed. Presidencia de la República de Guatemala, Guatemala 1997, pág. 33.

<sup>54</sup> *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.66. Doc. 16, de 3 de octubre 1985, pág. 28.

<sup>55</sup> *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev 1, de 28 de septiembre de 1986, pág. 205.

<sup>56</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nol 136/99, de 22 de diciembre de 1999, Caso 10.488 - Ignacio Ellacuría y otros, párr. 224.

derecho a la verdad, o el derecho a saber, no se agota en la víctima y/o sus familiares y allegados. La sociedad, como tal, tiene un derecho a saber la verdad sobre las exacciones de los agentes estatales, sobre la suerte corrida por las víctimas, sobre el trato reservado por las autoridades encargadas de fiscalizar y controlar los funcionarios públicos. El Experto concluía que:

“El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones”<sup>57</sup>.

38. El concepto de víctima colectiva no es ajeno al derecho internacional. La *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>58</sup>, define las víctimas como “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas y mentales, sufrimiento emocional” (artículos 1 y 18). El Experto sobre el derecho a la reparación, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, concluía que tanto las personas, los grupos humanos y las comunidades pueden ser víc-

timas de violaciones flagrantes de los derechos humanos<sup>59</sup>.

### e) El contenido del derecho a la verdad

39. El derecho a la verdad que le asiste a los familiares de víctimas de desaparición forzada fue inicialmente interpretado estrictamente desde su vertiente humanitaria, a saber: el derecho a conocer la suerte corrida por el ser querido. No obstante, la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina internacional ha venido ampliando el contenido del derecho a la verdad.

40. Hoy día, para la jurisprudencia de los órganos intergubernamentales de derechos humanos, el derecho a la verdad no se circunscribe al fenómeno de las desapariciones forzadas sino que se extiende a todas las violaciones de derechos humanos. El Comité de derechos humanos así lo ha reiterado: las víctimas y sus familiares tienen derecho a conocer la verdad sobre la violaciones de los derechos humanos<sup>60</sup>. Conocer la verdad rebasa la mera vertiente humanitaria e implica saber las circunstancias en que se cometieron esas violaciones y quienes fueron sus autores. El Comité de Derechos Humanos, en una decisión sobre

<sup>57</sup> Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1997/20, párrafo 17.

<sup>58</sup> Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

<sup>59</sup> Documento de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1993/8, párr. 14.

<sup>60</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones y recomendaciones al Estado de Guatemala, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.63, párrafo 25.

un caso de tortura en Uruguay, concluyó una ley de amnistía que impedía a la víctima conocer de las circunstancias en que había sido detenido y torturado era incompatible con el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, por denegarle el derecho a un recurso efectivo. La carga de investigar no es del individuo a título privado, sino una obligación del Estado, que debe identificar a los responsables de esos hechos, concluyó el Comité de Derechos Humanos<sup>61</sup>. En el caso de la especie, la víctima no reivindicaba un derecho a la verdad en su vertiente humanitaria: la pretensión era obtener “una reparación apropiada consistente en una investigación de los abusos presuntamente cometidos por las autoridades militares”<sup>62</sup>.

41. Los trabajos del Experto sobre la impunidad y del Experto sobre el derecho a la reparación, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, y los proyectos de principios que han propuesto en estas materia, han traducido el mismo principio: el derecho a la verdad se extiende a todas las violaciones a los derechos humanos. El proyecto de *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante*

*la lucha contra la impunidad* dispone que las víctimas, sus familias y allegados tienen el derecho a conocer la verdad «acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones»<sup>63</sup>. El término “circunstancias” desborda el ámbito humanitario del derecho a la verdad e incluye el conocer el cómo, cuándo, porqué, y por quienes fueron cometidas esas violaciones. El proyecto establece que las “comisiones extrajudiciales de investigación”, como uno de los mecanismos para garantizar el derecho a la verdad, deben “determinar los hechos”, “analizar y describir los mecanismos estatales del régimen infractor”, “identificar, por una parte, a los grupos de víctimas, y por otra, a las administraciones, organismos y entidades privadas implicados, reconstituyendo el papel que hubieren desempeñado”<sup>64</sup>. En suma estas misiones hacen explícito el alcance del derecho de la verdad en el marco de Comisiones extrajudiciales de investigación. El Proyecto de *Principios y directrices sobre el derecho de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, en su última versión, establece como forma de reparación, bajo la modalidad de satisfacción, “la verificación de los hechos y

<sup>61</sup> Comité de Derechos Humanos, decisión de 19 de julio de 1994, Caso Hugo Rodríguez (Uruguay), Comunicación No. 322/1988, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/51/D/322/1988, párrs. 12 (3) y 14

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 3.

<sup>63</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1997/Rev.1, Anexo I, Principio 3.

<sup>64</sup> *Ibid.*, Principios 5, 7 y 8.

la difusión pública y completa de la verdad”<sup>65</sup>. Aunque el proyecto no define el alcance de la noción de “verdad completa” es obvio que no se limita a los aspectos humanitarios.

42. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha ido definiendo el alcance y contenido del derecho a la verdad. Inicialmente éste fue definido como el “derecho a conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que esos delitos llegaron a cometerse”<sup>66</sup>. En recientes decisiones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho más explícito el contenido en tanto este derecho implica “conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos”<sup>67</sup>.

### III. VERDAD, DESAPARICIÓN FORZADA Y DERECHO A NO SER TORTURADO

43. El derecho a la verdad que le asiste a los familiares de desaparecidos está

estrechamente ligado al derecho a no ser sometido a tortura o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes que tienen esos mismos familiares. La constatación empírica hecha por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos así como por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntaria, más allá de toda disquisición conceptual, es contundente. “Esta incertidumbre y la privación de todo contacto con la víctima [de desaparición forzada] crean graves trastornos familiares, particularmente a los niños que en algunos casos han sido testigos presenciales de los secuestros de sus padres o parientes”<sup>68</sup> señaló en 1979 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

44. Al estudiar la problemática de la desaparición forzada en Argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constataba que:

“Muchos de estos niños [cuyos padres fueron desaparecidos] no volverán a ver nunca a sus padres y heredarán así, por el recuerdo de las circunstancias del desaparecimiento, una serie de trastornos

<sup>65</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/2000/62, Anexo, pág. 11, Principio 25 (b).

<sup>66</sup> *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev 1, de 28 de septiembre de 1986, pág. 205.

<sup>67</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 37/00, de 13 de abril de 2000, caso 11.481 - Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, párr. 148. Igualmente ver Informe N° 136/99, de 22 de diciembre de 1999, Caso 10.488 - Ignacio Ellacuría S.J. y otros, párr. 221; e Informe No. 1/99, de 27 de enero de 1999, Caso No. 10.480 - Lucio Parada Cea y otros, párr. 147.

<sup>68</sup> *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1978*, OEA/Ser.L/II.47, doc. 13 rev. 1, de 29 de junio de 1979, pág. 23.

psicológicos. [...] [N]umerosos hombres y mujeres entre los 18 y 25 años, están siendo afectados por la angustia y la marcha del tiempo sin conocimiento de la suerte corrida por sus padres y hermanos. Los cónyuges, los hombres y mujeres que han sido violentamente separados, viven en medio de graves perturbaciones afectivas, acentuadas por los diversos problemas económicos que tal situación les depara. Hay muchos hombres o mujeres que no saben actualmente si son viudos o casados. Muchos de ellos, no recuperarán la paz, la armonía o la seguridad en sí mismos por el desgaste que les ha producido el tratar de llevar adelante un hogar donde cada día se siente la ausencia física y moral del padre o de la madre<sup>69</sup>.

45. La Asamblea General de las Naciones Unidas expresó en 1978 su conmovición por “la angustia y el pesar que esas [desapariciones forzadas] causan a los familiares de las personas desaparecidas, especialmente a los cónyuges, los hijos y los padres<sup>70</sup>. En posteriores resoluciones, la Asamblea General reiteraría esta preocupación<sup>71</sup>. El reconocimiento de la angustia, la pena y los graves sufrimien-

tos a que son sometidos los familiares del desaparecido por el hecho mismo de la desaparición forzada, ha sido hoy traducido normativamente. Así, la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992, expresamente establece que “[t]odo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia” (artículo 1.2). La redacción empleada por la Declaración es categórica: la desaparición forzada causa *per se* graves sufrimientos a los familiares del desaparecido.

#### a) El Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

46. El Comité de Derechos Humanos ha considerado que la prevención de contacto entre el desaparecido y los miembros de su familia constituye *per se* una violación del derecho a no ser sometido a tortura y a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, protegido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>72</sup>. Así lo dictaminó el

<sup>69</sup> Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, OEA/Ser.L/II.49, doc. 19, de 11 de abril 1980, pág. 148.

<sup>70</sup> Resolución 33/173 “Personas desaparecidas”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1978.

<sup>71</sup> Resoluciones 43/159 de 1988, 44/160 de 1990, 46/125 de 1991 y 47/132 de 1992 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>72</sup> Comité de Derechos Humanos: decisión de 25 de marzo de 1996, comunicación 542/1993, Caso Katombe L. Tshishimbi (Zaire), CCPR/C/56/542/1993, pár. 5.5; y decisión de 25 de marzo de 1996, comunicación 540/1996, Caso Ana Rosario Celis Laureano, (Perú), CCPR/C/56/540/1993, pár. 8.5.

Comité de Derechos Humanos en el caso María del Carmen Almeida de Quintero y Elena Quintero de Almeida, estableciendo de manera clara la relación entre el derecho a la verdad y el derecho a no ser sometido a torturas o malos tratos. En este caso el Comité llegaría a la siguiente conclusión:

“El Comité comprende el profundo pesar y la angustia que padece la autora de la comunicación [María del Carmen Almeida de Quintero] como consecuencia de la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y paradero. La autora tiene derecho a saber lo que le ha sucedido a su hija. En ese sentido es también una víctima de las violaciones del Pacto, en particular del artículo 7, soportadas por su hija<sup>73</sup>”.

El Comité de Derechos Humanos, en su decisión, asumió que el profundo dolor al que vivía sometida la madre de la desaparecida era *per se* una forma de tortura o de tratos crueles o inhumanos. El Comité de Derechos Humanos no requirió pruebas sobre la existencia del dolor o angustia de la madre, limitándose a constatar la existencia de la desaparición forzada y el nexo familiar.

47. El Comité de Derechos Humanos ha reiterado este principio en sus Ob-

servaciones finales a Estados partes al Pacto. En sus Observaciones finales al informe presentado por Argelia, el Comité concluyó que las desapariciones forzadas, respecto de las cuales el Estado no proveía información o suficiente información, constituían violaciones al artículo 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en lo que respecta a los familiares de los desaparecidos<sup>74</sup>. Igualmente, en sus Observaciones finales al informe presentado por Uruguay, el Comité consideró que al impedir la posibilidad efectiva de investigar las desapariciones forzadas cometidas en el pasado, la ley de “Caducidad de la pretensión punitiva del Estado” violaba el artículo 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en relación con los familiares de los desaparecidos<sup>75</sup>.

## b) El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos

48. Sólo recientemente, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre las diferentes dimensiones jurídicas de la desaparición forzada de personas. En su sentencia de mayo 25 de 1998, en el asunto Kurt c. Turquía, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que la desaparición forzada constituía, para la madre de un desaparecido, una violación al derecho a no ser

<sup>73</sup> Comité de Derechos Humanos, decisión de 21 de julio de 1983, Comunicación 107/1981, Caso María del Carmen Almeida de Quinteros (Uruguay), párr. 14.

<sup>74</sup> Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.95, de 18 de agosto de 1998 párr. 10.

<sup>75</sup> Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.90.

sometido a torturas o malos tratos, protegido por el artículo 3 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*<sup>76</sup>. La Corte Europea de Derechos Humanos, de manera implícita, consideró que la angustia en la que vivía la madre del desaparecido, en el contexto de la pasividad de las autoridades ante sus requerimientos, eran *per se* una forma de violación de la garantía del artículo 3 del Convenio Europeo. Para llegar a esa conclusión, la Corte Europea no requirió de ningún elemento probatorio que estableciera el dolor moral sufrido por la madre del desaparecido, que no fuera otra que su nexa familiar con el desaparecido.

### c) El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

49. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual a la Asamblea General correspondiente a 1977, señalaba que la desaparición forzada "es [...] una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte"<sup>77</sup>. Esta consideración ha

sido reiterada en numerosos informes anuales por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este sufrimiento persiste en tanto "no se aclara definitivamente y responsablemente la situación"<sup>78</sup> de los desaparecidos concluyó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre Argentina.

50. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia sobre el Caso Blake, constató que la desaparición forzada de Nicholas Blake había significado grandes sufrimientos y angustias para los miembros de su familia, en detrimento de su integridad psíquica y moral. La Corte Interamericana concluyó que tales sufrimientos constituían una violación del artículo 5 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*<sup>79</sup>.

## IV. DERECHO A LA VERDAD Y DERECHO A LA REPARACION

51. Los trabajos del experto sobre el derecho a la reparación de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, y que culminarían en el proyecto de principios

<sup>76</sup> Sentencia de 25 de mayo de 1998, *Asunto Kurt c. Turquía*, Caso N° 15/1997/799/1002, párr. 134.

<sup>77</sup> *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1977, 1978*, OEA/Ser.L/V/II.43, doc.21, corr.1, pág. 24. Igualmente ver *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, 1980, documento de la OEA OEA/Ser.L/V/II/49, doc. 19, pág. 59.

<sup>78</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, 1980, Documento de la OEA, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, pág. 147.

<sup>79</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de enero de 1998, Caso Blake, párr. 116.

sobre este derecho, han reconocido la existencia del derecho a la verdad. El experto abordó el problema desde el punto de vista del derecho a la reparación, y más específicamente consideró que el conocimiento de la verdad sobre lo sucedido con las violaciones a los derechos humanos son una forma de satisfacción.

52. En uno de sus primeros estudios, el experto, Profesor Theo van Boven, señalaba que “no debe pasarse por alto que el descubrimiento de la verdad tras una investigación oficial puede constituir otro medio importante de dar satisfacción a las víctimas”<sup>80</sup>. El experto incluyó el derecho a la verdad, aunque sin darle tal denominación, como parte del derecho a la reparación, bajo la modalidad de la satisfacción. El proyecto de *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparación*<sup>81</sup> establece, como principio, que una de las modalidades de reparación, la satisfacción, implica “la verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad”.

53. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el derecho es «a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación»<sup>82</sup>. En una reciente decisión la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que:

“El derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos, forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en modalidad de satisfacción y garantías de no repetición”<sup>83</sup>.

## V. DERECHO A LA VERDAD, GARANTÍAS JUDICIALES Y DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

54. El derecho a la verdad que le asiste a los familiares de víctimas de desaparición forzada esta estrechamente relacionado con el derecho a las garantías judiciales así como con el derecho a un recurso efectivo. En su sentencia sobre el caso Blake, la Corte Interamericana

<sup>80</sup> “Estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos fundamentales», Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1990/10, párr. 40.

<sup>81</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2000/62, anexo.

<sup>82</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. Informe Nol 136/99, de 22 de diciembre de 1999, Caso Ignació Ellacría y otros, párr. 224.

<sup>83</sup> Comisión Interamericana de derechos humanos, Informe No. 37/00, de 13 de abril de 2000, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galindez - El Salvador, pár. 148.

de Derechos Humanos claramente estableció esta intrínseca relación: que:

“el [...] artículo 8.1 de la Convención Americana comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto *‘todo acto de desaparición sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia’* [...] En consecuencia, el artículo 8 de la Convención Americana confiere a los familiares el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas”<sup>84</sup>.

55. El derecho a conocer la suerte o destino del desaparecido no se satisface por la mera gestión investigativa de los familiares. Este derecho se haya protegido por el derecho a un recurso efectivo. El ejercicio de recursos internos efectivos constituye el método, por definición misma, mediante el cual se puede determinar la suerte y/o paradero del desaparecido. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo reiteró en su sentencia en el caso Blake, al referirse al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“...el deber del Estado de proveer recursos internos eficaces, constituye un importante medio para determinar el

paradero de las personas privadas de libertad y prevenir las desapariciones forzadas en toda circunstancia”<sup>85</sup>.

56. En ese orden de ideas existe una intrínseca relación entre el derecho de los familiares a conocer el destino o paradero de su ser querido desaparecido y el derecho de acudir a los tribunales para determinar la suerte corrida por el desaparecido. Esta relación está plasmada en la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículo 9) y la *Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas* (artículo X). Esta relación ha sido establecida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“El derecho a la verdad se relaciona también con el artículo 25 de la Convención Americana, que establece el derecho a contar con un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos consagrados en ella”<sup>86</sup>.

## VI. DERECHO A LA VERDAD Y DERECHO A LA INFORMACION

57. El derecho a la información está protegido por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículo 13) así como por el *Pacto Internacional de Dere-*

<sup>84</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de enero de 1998, Caso Blake, párr. 97.

<sup>85</sup> Ibid, párr. 103.

<sup>86</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nol 136/99, de 22 de diciembre de 1999, Caso 10.488 - Ignacio Ellacría S.J. y otros, párr. 221.

chos Civiles y Políticos (artículo 19). La *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* establece el derecho de conocer la privación de libertad y el lugar donde se cumple, los resultados de las investigaciones realizadas en casos de desaparición (artículos 10 y 13). Así mismo, Los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitraria o sumarias*, de las Naciones Unidas, establece el derecho de los familiares de recibir información acerca de la privación de libertad, del lugar de detención y del desarrollo y los resultados de la investigación sobre la muerte de su ser querido (Principios 6 y 16). Así, el proyecto de *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparación*<sup>87</sup> establece que el derecho de la víctima (y entre ellas los familiares) a interponer recursos incluyen “el acceso a información fáctica sobre las violaciones” (Principio 11).

58. La relación entre el derecho a la verdad y el derecho a acceder y recibir información es intrínseca. De modo general, la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos ha considerado reiteradamente que el “derecho a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a las graves violaciones de los derechos humanos [...] así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos, constituye una obligación que el Estado debe satisfacer respecto de los familiares de las víctimas y la sociedad en general. Tales obligaciones surgen fundamentalmente de lo dispuesto en los artículos 1(1), 8(1), 25 y 13 de la Convención Americana”<sup>88</sup>. En ese orden de ideas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que:

“La Convención Americana protege el derecho a acceder y a recibir información, especialmente en los casos de desaparecidos, en relación con los cuales la Corte y la Comisión han establecido que el Estado está obligado a determinar su paradero”<sup>89</sup>.

## VII. DEL DEBER DE GARANTIA

59. El Derecho Internacional de Derechos Humanos impone dos grandes órdenes de obligaciones al Estado: uno un deber de abstención de conculcar los

<sup>87</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2000/62, anexo.

<sup>88</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nol 136/99, de 22 de diciembre de 1999, Caso No. 10.488 - Ignacio Ellacuría y otros, párr 221.. Igualmente ver: Informe 37/00, de 13 abril de 2000, Caso 10.481 Moseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, párr. 142 e Informe 1/99, de 27 de enero de 1999, Caso 10.480 - Lucio Parada Cea y otros, párr. 147.

<sup>89</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 1/99, de 27 de enero de 1999, Caso 10.480, Lucio Parada Cea y otros, párr. 150.

derechos humanos y otro un Deber de Garantía de éstos. El primero, esta integrado por aquel conjunto de obligaciones que tienen que ver directamente con el deber de abstención del Estado de violar -por acción u por omisión- los derechos humanos. Mientras que el segundo se refiere a las obligaciones del Estado como garante de los derechos de los individuos, que se materializa con la investigación, sanción y reparación de las violaciones de derechos humanos por los daños causados. El Estado, entonces, se coloca en una posición jurídica de garante de los derechos humanos, de la cual emergen obligaciones esenciales para la protección y garantía de éstos. Es sobre esta base, que la jurisprudencia y la doctrina han elaborado el concepto de Deber de Garantía, como noción nuclear de la posición jurídica del Estado en materia de Derechos Humanos. El Estado es, por tanto, garante del pleno goce de los derechos de los individuos y, consecuentemente, debe cumplir con sus obligaciones internacionales, tanto convencionales como consuetudinarias.

60. El Deber de Garantía puede sintetizarse como el conjunto de "obligaciones de garantizar o proteger los derechos humanos...[y] consiste en su deber de prevenir las conductas antijurídicas y si éstas se producen, de investigarlas, de

juzgar y sancionar a los culpables y de indemnizar a las víctimas"<sup>90</sup>. El Deber de Garantía esta expresamente consagrado en varios tratados de derechos humanos toda vez que éstos, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano"<sup>91</sup>. El Deber de Garantía está establecido en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, su artículo 1 (1). Al analizar este artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó como jurisprudencia que los Estados partes han contraído la obligación general de proteger, de respetar y de garantizar cada uno de los derechos del Pacto. Con lo cual la Corte afirmó que:

"Los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos [...] 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

<sup>90</sup> Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador, ONUSAL, Informe de 19 de febrero de 1992, documento de las Naciones Unidas, A/46/876 S/23580, párr. 28.

<sup>91</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte*, en Serie A: Fallos y Opiniones - N° 1, párr. 24.

fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”<sup>92</sup>.

61. La responsabilidad del Estado no sólo se encuentra comprometida cuando el Estado a través de la conducta activa u omisiva de sus agentes lesiona en cabeza de un individuo un derecho, sino también cuando el Estado omite ejercer las acciones pertinentes en orden a investigar, reprimir las violaciones a los derechos humanos, reparar a las víctimas y amparar a sus familiares en sus derechos. Así, la transgresión o inobservancia por el Estado de este Deber de Garantía compromete su responsabilidad internacional.

62. Las obligaciones que integran el Deber de Garantía son de naturaleza complementaria y no son alternativas ni sustitutivas. Así, por ejemplo, el Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas ha considerado que: “[e]n virtud del derecho internacional los gobiernos están obligados a investigar en forma exhaustiva e imparcial toda denuncia de violación del derecho a la vida para identificar, someter a la justicia y castigar a los autores, obtener reparación a

las víctimas o sus familiares y adoptar medidas eficaces para evitar que dichas violaciones se repitan en el futuro. Los dos componentes de esta cuádruple obligación son en sí mismo los elementos disuasorios más eficaces para impedir las violaciones de derechos humanos [...] el reconocimiento del derecho de las víctimas o de sus familiares a recibir una reparación adecuada equivale a reconocer la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos y es expresión de respeto hacia el ser humano. Conceder una reparación presupone el cumplimiento de la obligación de investigar las denuncias de violaciones de derechos humanos para identificar y procesar a los autores. Sin embargo, el pago de una compensación monetaria o de otro tipo a las víctimas o sus familiares antes o al finalizar esas investigaciones no exime a los gobiernos de la obligación de llevarlas a término”<sup>93</sup>.

63. Las obligaciones que integran el Deber de Garantía, son ciertamente interdependientes. Así, la obligación de procesar y castigar a los responsables de violaciones de derechos humanos está en estrecha relación con la de investigar los hechos. No obstante, “no es posible que el Estado elija cuál de estas obligaciones habrá de cumplir”<sup>94</sup>. Si éstas pueden ser

<sup>92</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velázquez Rodríguez, en Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 4, párrs. 166 y 174.

<sup>93</sup> Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, Informe a la Comisión de Derechos Humanos, doc. E/CN.4/1994/7, párrafos 688 y 711.

<sup>94</sup> Méndez, Juan, “Derecho a la Verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtes Compiladores, Ed. CELS, Buenos Aires, 1997, pág. 526.

cumplidas separadamente una de otra, no deja el Estado de estar obligado a cumplir todas y cada una de ellas.

64. El derecho a la verdad se encuentra íntimamente ligado a la obligación asumida por los Estados de hacer cumplir las obligaciones estipuladas en los instrumentos convencionales de protección de los derechos y las libertades fundamentales a los cuales voluntariamente se han sometido así como aquellas de fuente consuetudinaria. Es indudable que los familiares de las víctimas tienen el derecho a que toda investigación que se realice sea exhaustiva para que ellos conozcan la verdad sobre el destino de sus seres queridos y las circunstancias por las que han atravesado, así como la difusión pública de la identidad de los responsables directos de las violaciones a los derechos humanos que aquellas hayan sufrido. Asimismo, la verdad es imprescindible para poder efectuar una valoración adecuada de la reparación que engendra la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos. No obstante, la obligación que tiene el Estado de garantizar este derecho a la verdad no es sustitutiva o alternativa de las demás que le incumben en el marco de su Deber de Garantía, a saber, las de investigar y de impartir justicia. Esta obligación existe y se mantiene independientemente del cumplimiento o no de las demás.

## VIII. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR

65. Uno de los componentes del Deber de Garantía del Estado es la obligación de investigar que se le imputa al Estado cuando los derechos del individuo han sido real o presuntamente conculcados. Los Estados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1993, reafirmaron esta obligación en materia de desapariciones forzadas cuando suscribieron la Declaración y Programa de Acción de Viena:

“La Conferencia reafirma que es una obligación de todos los Estados, en cualquier circunstancia, emprender una investigación siempre que haya motivos suficientes para creer que se ha producido una desaparición forzada en un territorio sujeto a su jurisdicción y, si se confirman las denuncias, enjuiciar a los autores del hecho”<sup>95</sup>.

66. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha reiterado en numerosos dictámenes sobre quejas individuales que el “Estado parte tiene el deber de investigar a fondo las violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas, [y de] juzgar y castigar a quienes sean responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable *a fortiori* en los casos

<sup>95</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, documento de las Naciones Unidas, A/CONF.157/23, párrafo 62.

en que los autores de esas violaciones han sido identificados<sup>96</sup>.

67. Por su parte el Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, ha venido reafirmando la existencia de esta obligación de investigar según el derecho internacional. "Es obligación de los gobiernos investigar en forma exhaustiva e imparcial toda denuncia de violación del derecho a la vida"<sup>97</sup>. Esta obligación constituye "uno de los principales pilares de la protección efectiva de los derechos humanos"<sup>98</sup>. El Experto sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las Naciones Unidas ha considerado igualmente que "existe para los Estados partes de un tratado de Derechos humanos [...] la obligación de investigar los hechos"<sup>99</sup>.

68. El deber de investigación es una de aquellas obligaciones llamadas de medio<sup>100</sup>. Las autoridades deben investigar diligente y seriamente toda alegación de violación de los derechos humanos ya que, como lo señaló La Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el Estado está en el deber jurídico de [...] investigar seriamente con los medios a su alcance"<sup>101</sup>. Ello significa que tal deber de investigación se absuelve desplegando *motu proprio* las actividades necesarias para esclarecer los hechos y las circunstancias que los rodearon e identificar los autores. Se trata de una obligación jurídica y no de una mera gestión de intereses particulares, como a bien tuvo señalarlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>102</sup>. En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado<sup>103</sup>. Esto

<sup>96</sup> Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 27 de octubre de 1995, Caso de Nydia Erika Bautista (Colombia), Comunicación 563/1993, doc. CCPR/C/55/D/563/1993; y Dictamen de 29 de julio de 1997, Caso José Vicente y Amado Villafañe, Luis Napoleón y Ángel María Torres Crespo y Antonio Hugues Chaparro (Colombia), Comunicación 612/1994, doc. CCPR/C/60/D/612/1995.

<sup>97</sup> Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, Informe a la Comisión de Derechos Humanos, documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1997/60, párrafo 46.

<sup>98</sup> Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, Informe a la Comisión de Derechos Humanos, documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1993/46, párr. 686.

<sup>99</sup> Experto sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación, documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1992/8, párr. 5,2.

<sup>100</sup> Méndez, Juan, "Accountability for Past Abuses", en *Rev. Human Rights Quarterly*, Volumen 19, N° 2, 1997, pág. 264 y ss.

<sup>101</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de julio de 1988, doc. cit., párr. 174.

<sup>102</sup> *Ibid.*, párr. 177.

<sup>103</sup> Comité de Derechos Humanos, decisión de 19 de julio de 1994, Comunicación N° 322/1988, Caso Hugo Rodríguez (Uruguay), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/51/D/322/1988, párr. 12(3).

significa que las investigaciones deben ser abocadas de oficio por las autoridades, independientemente de que medie o no queja o denuncia formal alguna.

69. Distintos instrumentos internacionales, varios de vocación declarativa, detallan las características y los criterios para el cumplimiento por parte de las autoridades de su deber de investigación. Así, la *Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* exige de las autoridades, en su artículo 13, la realización de “una investigación exhaustiva e imparcial”. Los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* fijan los criterios para el cumplimiento del deber de investigación y prescriben la necesidad de “una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial”. El Relator Especial sobre Ejecuciones sumarias o arbitrarias, ha venido considerando que el incumplimiento de las normas enunciadas en tales Principios constituye un “indicio de responsabilidad gubernamental” aunque no se pueda probar que en las ejecuciones sumarias o arbitrarias de que se trate han estado directamente

implicados los funcionarios gubernamentales<sup>104</sup>.

70. Tratándose de desaparición forzada, esta obligación de investigar adquiere una particular dimensión en razón de la peculiar naturaleza de esta violación de derechos humanos, a saber: la situación de total indefensión en que se haya el desaparecido; el carácter de violación múltiple de derechos humanos; y su carácter de violación continua o permanente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados tienen la obligación de investigar inmediata y rápidamente toda denuncia de desaparición forzada e informar a las familias de la persona desaparecida sobre el destino y paradero de ésta<sup>105</sup>. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló en su Observación general 6 (16) relativa al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que los Estados están en el deber de “establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar a fondo los casos de personas desaparecidas en que puedan implicar una violación del derecho a la vida”<sup>106</sup>. Similar recomendación formuló el Gru-

---

<sup>104</sup> Relator Especial sobre Ejecuciones sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, Informe a la Comisión de Derechos Humanos, documentos de las Naciones Unidas, E/CN.4/1991/36, párr. 591 y E/CN.4/1990/22, párrafo 463.

<sup>105</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velázquez Rodríguez, Op. Cit. párr. 166, 174 y ss

<sup>106</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados, doc. HRI/GEN/1/Rev.1, pág. 8.

po de Trabajo sobre la Desaparición Forzada en su informe a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su 46 periodo de sesiones<sup>107</sup>. La Comisión de Derechos Humanos ha venido recordando a los Estados la "necesidad [de que] las autoridades efectúen investigaciones prontas e imparciales" cuando se considera que se ha podido producir una desaparición forzada de persona<sup>108</sup>.

71. En razón de su carácter de violación continua de los derechos humanos, la obligación de investigar permanece en tanto no haya sido esclarecido las circunstancias en que fue desaparecida la víctima y su suerte o paradero no haya sido elucidado. Este criterio es retenido por la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de la Naciones Unidas en su artículo 13 (5).

72. Este principio fue elaborado doctrinalmente desde hace mucho tiempo por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>109</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reite-

rado el alcance de la obligación de investigar en estos términos:

"El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida"<sup>110</sup>.

## IX. EL DERECHO A LA VERDAD Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

73. Si bien es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contiene disposición explícita sobre el derecho a la verdad que le asiste a los familiares de víctimas de desaparición forzada, así como de otras violaciones a derechos fundamentales, la Convención tiene claras normas en cuanto a la interpretación de sus disposiciones. Su artículo 29 se establece que:

"ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretado en el sentido de:...

<sup>107</sup> Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas, Informe a la Comisión de Derechos Humanos, doc. E/CN.4/1990/13, párrafo 35.

<sup>108</sup> Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resoluciones 1993/35 (párrafo 13); 1994/39 (párrafo 14) y 1995/38 (párrafo 12), intituladas "Cuestión de las desapariciones forzadas", negrillas por fuera del texto.

<sup>109</sup> Ver, *inter alia*, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980 - 1981, 1981, OEA/Ser.G, CP/Doc.1201/81, pág. 114; Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, pág. 144.

<sup>110</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de julio de 1988 Caso Velásquez Rodríguez, Op. Cit. párr. 181. En ese mismo sentido ver igualmente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 5, párr. 191.

“b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo [...] con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados,

“c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”,

74. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho a la verdad -como el derecho a conocer la suerte corrida por el desaparecido, las circunstancias en que fue perpetrado el crimen de desaparición y la identidad de los autores y partícipes de estos hechos- tiene como fundamento jurídico las obligaciones que le incumben al Estado en virtud de los artículos 1 (1), 8 (1), 25 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

75. Ciertamente, la evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a un reconocimien-

to explícito del derecho a la verdad como una norma de derecho consuetudinaria. El derecho a saber no es fruto del capricho. Es un derecho inherente al ser humano, tanto así, que es uno de los derechos que aún en las situaciones de máximo límite, como lo son los conflictos armados, sigue siendo de perentoria observancia.

76. Pero, el derecho a la verdad no sólo es esencial para los familiares de las víctimas, sino para la sociedad en sí misma. Como lo establece el proyecto de *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, su «ejercicio pleno y efectivo [...] es esencial para evitar que en el futuro se repitan las violaciones»<sup>111</sup>. Sería difícil imaginar una forma democrática de gobierno que fuese basada en la aceptación del silencio oficial, la ignorancia sobre la suerte de los desaparecidos y el encubrimiento y complicidad con los violadores de los derechos humanos.

---

<sup>111</sup> Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/20/rev.1, Anexo II, pág. 19, Principio 1.

## Nota de presentación del Informe en derecho sobre la incompatibilidad del Decreto Ley N° 2191 de 1978 de Chile con el derecho internacional

En enero de 2001, la Comisión Internacional de Juristas y Amnistía Internacional sometieron a consideración del Ministro de Fiero, don Juan Guzmán Tapia, un Informe en derecho sobre la incompatibilidad del decreto ley N° 2191 de 1978, o ley de amnistía, con el derecho internacional y las obligaciones internacionales del Estado chileno. El Informe en derecho fue presentado en el procedimiento penal tramitado por la justicia chilena, Rol N° 2.182-98 "A", por los hechos delictivos conocidos como "Caravana de la Muerte". A este proceso judicial han sido vinculados varios militares y el General retirado Augusto Pinochet Ugarte.

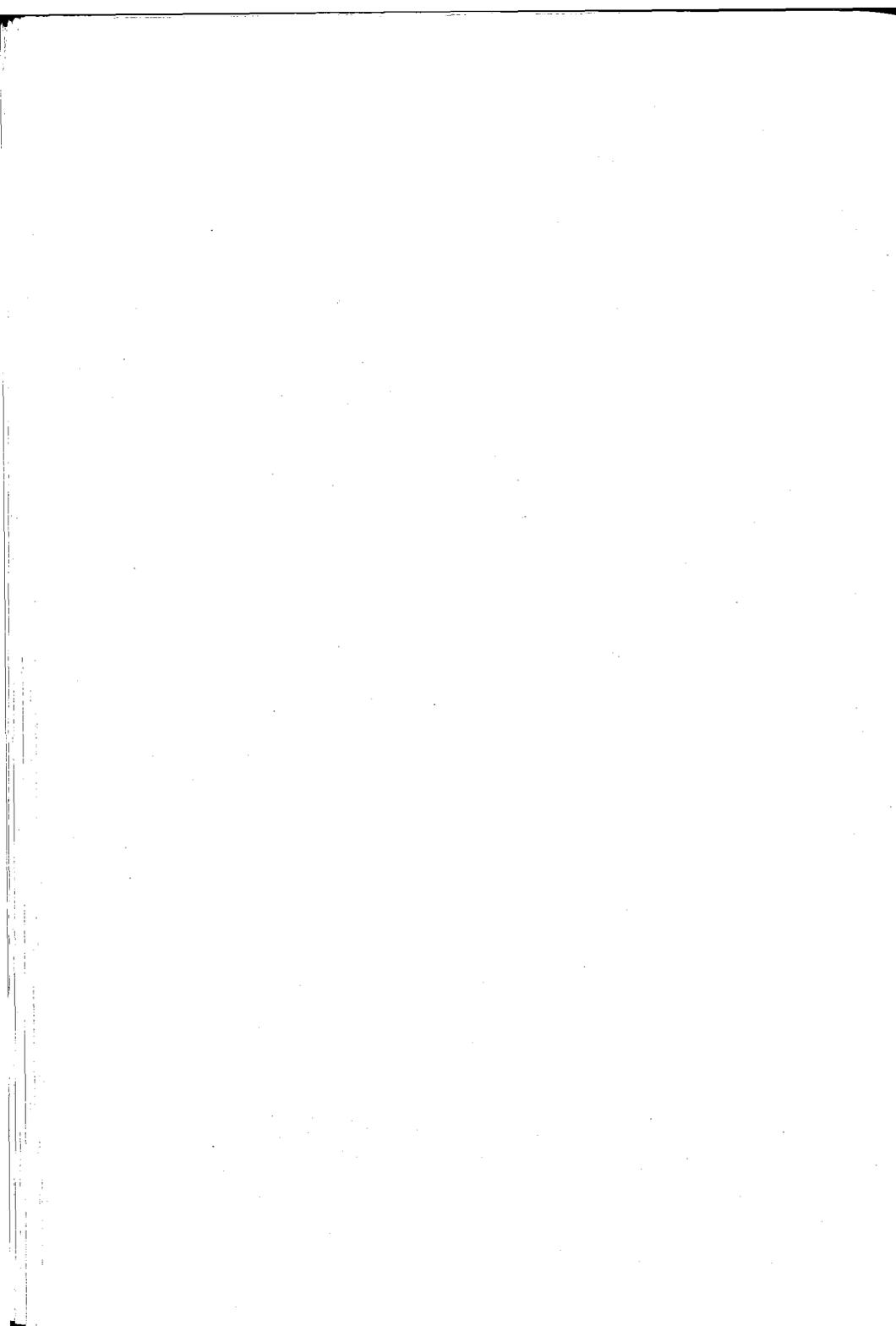
La "Caravana de la Muerte" es el nombre dado a una expedición punitiva de una Comisión militar que, bajo órdenes directas del General Augusto Pinochet Ugarte, recorrió el Sur y el Norte del territorio chileno entre los meses de septiembre y octubre de 1973. Investida de plenos poderes, la Comisión militar tenía oficialmente por misión revisar y acelerar los procesos en consejo de guerra contra opositores políticos detenidos. El saldo de la expedición de

la Comisión militar fue de 72 víctimas. De ellas 53 fueron ejecutadas ilegalmente y en secreto, sin proceso alguno y otras 19 fueron "desaparecidas"<sup>1</sup>.

Ante la existencia de una amnistía, promulgada por el régimen del General Augusto Pinochet Ugarte y que brinda impunidad a los autores de graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen militar, la Comisión Internacional de Juristas y Amnistía Internacional decidieron presentar un Informe en derecho sobre la incompatibilidad del decreto ley N° 2191 de 1978 y el derecho internacional. El Informe en derecho presenta una sistematización de la jurisprudencia y doctrina internacionales respecto de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos; la obligación de juzgar y castigar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos; la incompatibilidad de las amnistías para autores de graves violaciones a los derechos humanos con el derecho internacional; el principio de *pacta sunt servanda* y la no aplicación de la amnistía por tribunales nacionales.

---

<sup>1</sup> Para mayor información ver el artículo de Alejandro Artucio "Augusto Pinochet Ugarte ante la justicia chilena" publicado en esta edición de la *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*



# Informe en derecho sobre la incompatibilidad del Decreto Ley N° 2191 de 1978 de Chile con el derecho internacional

Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas someten a consideración el presente Informe en derecho sobre la incompatibilidad del Decreto Ley N° 2191 de 1978 con el derecho internacional. El informe en derecho aborda las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (Punto I), la obligación de juzgar y castigar a los autores de violaciones a los derechos humanos (Punto II), la incompatibilidad de las amnistías para violadores de los derechos humanos con el derecho internacional (Punto III), el principio de *pacta sunt servanda* (Punto IV) y la no aplicación de la amnistía por tribunales nacionales (Punto V).

No huelga recordar, antes de entrar en materia, que la República de Chile ratificó en 1972 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1</sup> y en 1990 la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>2</sup>. Igualmente, la República de Chile ratificó en 1988 la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes así como la Convención

interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

## I. Deber de Garantía del Estado

El Derecho Internacional de Derechos Humanos impone dos grandes órdenes de obligaciones al Estado: uno un deber de abstención de conculcar los derechos humanos y otro un Deber de Garantía respecto de estos derechos. El primero, está integrado por aquel conjunto de obligaciones que tienen que ver directamente con el deber de abstención del Estado de violar -por acción u por omisión- los derechos humanos, que implica así mismo asegurar, mediante las medidas necesarias, el goce y disfrute de estos derechos. Mientras que el segundo se refiere a las obligaciones del Estado de prevenir las violaciones, investigarlas, procesar y sancionar a sus autores y reparar los daños causados. En ese orden de ideas el Estado se coloca en una posición jurídica de garante de los derechos humanos, de la cual emergen obligaciones esenciales para la protección y garantía de éstos. Es sobre esta base, que la

<sup>1</sup> El Pacto entró en vigor para Chile el 23 de marzo de 1976. Ver Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2000/89.

<sup>2</sup> Ver *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Organización de los Estados Americanos, San José, Costa Rica, 1997, págs. 49 y siguientes.

jurisprudencia y la doctrina han elaborado el concepto de Deber de Garantía, como *noción nuclear de la posición jurídica del Estado en materia de derechos humanos*. En esa relación jurídica individuo-Estado, propia del Derecho Internacional de Derechos Humanos, la posición jurídica del Estado se caracteriza fundamentalmente de garante. El Deber de Garantía puede sintetizarse como el conjunto de "obligaciones de garantizar o proteger los derechos humanos...[y] consiste en su deber de prevenir las conductas antijurídicas y si éstas se producen, de investigarlas, de juzgar y sancionar a los culpables y de indemnizar a las víctimas"<sup>3</sup>.

Este deber de garantía tiene su asidero jurídico tanto en el derecho internacional consuetudinario como en el derecho internacional convencional. El Deber de Garantía es un elemento expresamente consagrado en varios tratados de derechos humanos: la Convención Americana sobre Derechos (artículo 1, 1); la Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas (artículo 1); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (artículo 1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2) y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, entre

otros. Igualmente, textos declarativos reiteran este deber, como la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias<sup>4</sup>.

Al analizar el artículo 1 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que los Estados partes han contraído la obligación general de proteger, de respetar y de garantizar cada uno de los derechos del Pacto con lo cual:

"Los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. [...] y que] 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 imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación"<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador, ONUSAL, Informe de 19 de febrero de 1992, documento de las Naciones Unidas A/46/876 S/23580, párrafo 28.

<sup>4</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989.

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velázquez Rodríguez*, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N° 4, párrafos 166 y 174.

La jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos así como de órganos cuasi jurisdiccionales de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, coinciden en que este deber de garantía está integrado por cuatro obligaciones internacionales esenciales que le competen al Estado honrar: la obligación de investigar; la obligación de traducir en justicia y sancionar a los responsables; obligación de brindar justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares y la obligación de establecer la verdad de los hechos.

Estas obligaciones, que integran el Deber de Garantía, son de naturaleza complementaria y no son alternativas ni sustitutivas. Así, por ejemplo, lo ha explicado el Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, de las Naciones Unidas:

“En virtud del derecho internacional los gobiernos están obligados a investigar en forma exhaustiva e imparcial toda denuncia de violación del derecho a la vida para identificar, someter a la justicia y castigar a los autores, obtener reparación a las víctimas o sus familiares y adoptar medidas eficaces para evitar que dichas violaciones se repitan

en el futuro. Los dos componentes de esta cuádruple obligación son en sí mismo los elementos disuasorios más eficaces para impedir las violaciones de derechos humanos [...] el reconocimiento del derecho de las víctimas o de sus familiares a recibir una reparación adecuada equivale a reconocer la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos y es expresión de respeto hacia el ser humano. Conceder una reparación presupone el cumplimiento de la obligación de investigar las denuncias de violaciones de derechos humanos para identificar y procesar a los autores. Sin embargo, el pago de una compensación monetaria o de otro tipo a las víctimas o sus familiares antes o al finalizar esas investigaciones no exime a los gobiernos de la obligación de llevarlas a término”<sup>6</sup>.

Las obligaciones que integran el Deber de Garantía, son ciertamente interdependientes. Así, la obligación de procesar y castigar a los responsables de violaciones de derechos humanos está en estrecha relación con la de investigar los hechos. No obstante, “no es posible que el Estado elija cuál de estas obligaciones habrá de cumplir”<sup>7</sup>. Si éstas pueden ser cumplidas separadamente una de otra, no deja por ello el Estado de estar obligado a cumplir todas y cada una de estas

<sup>6</sup> Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, Informe a la Comisión de Derechos Humanos, doc. E/CN.4/1994/7, párrafos 688 y 711.

<sup>7</sup> Méndez, Juan, “Derecho a la Verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 526.

obligaciones. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiteradamente afirmado que las medidas de reparación a las víctimas y sus familias así como el establecimiento de "Comisiones de la Verdad", no exonera en ningún caso al Estado de su obligación de llevar ante la justicia a los responsables de las violaciones de los derechos humanos e imponerle sanciones<sup>8</sup>. En el caso de Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresamente consideró que:

"El reconocimiento de responsabilidad realizado por el Gobierno, la investigación parcial de los hechos, y el pago posterior de compensaciones no son, por sí mismas, suficientes para cumplir con las obligaciones previstas en la Convención. Según lo dispuesto en el artículo 1.1 de ésta, el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación"<sup>9</sup>.

En el caso de El Salvador, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recordó, que pese a la importancia

que tuvo la Comisión de la Verdad para establecer los hechos relacionados con las violaciones más graves y para promover la reconciliación nacional, este tipo de Comisiones:

"Tampoco sustituyen la obligación indelegable del Estado de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, de identificar a los responsables, de imponerles sanciones y de asegurar a la víctima una adecuada reparación (artículo 1(1) de la Convención Americana), todo dentro de la necesidad imperativa de combatir la impunidad"<sup>10</sup>.

## II.- Obligación de juzgar y castigar

La obligación de juzgar y sancionar a los autores de violaciones a los derechos humanos, como expresión del deber de garantía, tiene su asidero jurídico en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado que, a la luz de sus obligaciones bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

<sup>8</sup> 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, párrafo 52.

<sup>9</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 77. Igualmente ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 76; e Informe N° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998, párrafo 50.

<sup>10</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N 136/99, Caso 10.488 Ignacio Ellacuría S.J. y otros (El Salvador), 22 de diciembre de 1999, párrafo 230.

“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 imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”<sup>11</sup>.

En varias sentencias la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado que los Estados partes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen la obligación internacional de juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos<sup>12</sup>. Esta obligación está directamente relacionada con el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y con el derecho a un recurso efectivo, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos. Como lo ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La Convención Americana garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre los Estados Partes los deberes de prevenir, investigar identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones a los derechos humanos. [...] El artículo 8.1 de la Convención Americana guarda relación directa con el artículo 25 en relación con el artículo 1.1, ambos de la misma, que asegura a toda persona un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones a los derechos humanos sean juzgados”<sup>13</sup>.

El incumplimiento de esta obligación se traduce en denegación de justicia y, por tanto, en impunidad, entendida esta última como “la falta en su conjunto de

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 174 y Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párr. 184

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989, (Art. 63.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Serie C N° 7, párrs. 32 y 34; Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C N° 8, párrs. 30 y 3; Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C N° 22, párr. 69 y punto resolutivo 5; Caso El Amparo, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 14 de septiembre de 1996, Serie C N° 28, párr. 61 y punto resolutivo 4; Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C N° 34, párr. 90; Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párr. 107 y punto resolutivo 6; y Caso Nicholas Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C: Resoluciones y Sentencias N° 36, párrafo 97.

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Nicholas Blake, Sentencia de Reparación de 22 de enero de 1999, Serie C; Resoluciones y Sentencias, párrafos 61 y 63.

investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos”<sup>14</sup>. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado que:

“[...]el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”<sup>15</sup>.

Y que

“El Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad”<sup>16</sup>.

Desde el ángulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esta obligación de juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos es igualmente existente. Así, el Comité de Derechos Humanos ha recordado que:

“...el Estado Parte tiene el deber de in-

vestigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable *a fortiori* en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados”<sup>17</sup>.

Existe sin lugar a dudas una obligación de procesar judicialmente y de castigar a los autores de violaciones de derechos humanos. Esta obligación no sólo está regulada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino por otros instrumentos internacionales. En ese sentido cabe destacar la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 37, Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia del 8 de marzo de 1998, párrafo 173.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 37, Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia del 8 de marzo de 1998, párrafo 173.

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Nicholas Blake, Sentencia de Reparación de 22 de enero de 1999, Serie C; Resoluciones y Sentencias, párrafo 64.

<sup>17</sup> Decisión en el caso de Nydia Erika Bautista, Comunicación N° 563/1993 (Colombia), de 13 noviembre de 1995, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/55/D/563/1993, pár. 8,6. Igualmente ver la decisión en el caso José Vicente y Amado Villafañe Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Angel María Torres Arroyo y Antonio Hugues Chaparro Torres, Comunicación N° 612/1995 (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/60/D/612/1995, pár. 8,8.

Esta obligación no sólo es de carácter convencional. Así lo reconoció el Comité contra la Tortura, al considerar casos de tortura anteriores a la entrada en vigencia de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El Comité contra la Tortura recordó que la obligación de castigar a los responsables de actos de tortura era ya exigible toda vez que “existía una norma general de derecho internacional que obliga a los Estados a tomar medidas eficaces [...] para castigar su práctica [de la tortura]”<sup>18</sup>. El Comité contra la Tortura fundamentó su consideración en los “principios del fallo del Tribunal Internacional de Nuremberg” y el derecho a no ser torturado contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El nexo connatural entre el Derecho a la Justicia y la obligación de impartir justicia es evidente. El deber de impartir justicia que le compete al Estado tiene su asidero en normas convencionales, pero también en el carácter justiciable que tienen los derechos humanos. Un derecho cuya transgresión no sea susceptible de ser conocida por la justicia es un derecho imperfecto. Por el contrario, los derechos humanos son derechos básicos

y por tanto no es posible que un ordenamiento jurídico, que se sienta precisamente en ellos, no contemple su justiciabilidad. No es concebible en este caso la ausencia de protección judicial, so pena de destruir la noción misma de orden jurídico. Tal como lo expresara el Experto sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las Naciones Unidas:

“resulta difícil imaginar un sistema judicial que vele por los derechos de las víctimas y se mantenga al mismo tiempo indiferente e inactivo ante los flagrantes delitos de quienes los han violado”<sup>19</sup>.

La responsabilidad del Estado no sólo se encuentra comprometida cuando el Estado a través de la conducta activa u omisiva de sus agentes lesiona en cabeza de un individuo un derecho, sino también cuando el Estado omite ejercer las acciones pertinentes en orden a investigar los hechos, procesar y sancionar a los responsables y reparar, o cuando entorpece la acción de la Justicia. Así, la transgresión o inobservancia por el Estado de este Deber de Garantía compromete su responsabilidad internacional. Este principio fue establecido tempranamente en el Derecho Internacional, y uno de los primeros precedentes jurisprudenciales

<sup>18</sup> Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988, de 23 de noviembre de 1989, párrafo 7.2.

<sup>19</sup> Experto sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación, documento de las Naciones Unidas. E/CN.4/Sub.2/1992/8, párrafo 5.5.

lo constituye el laudo arbitral proferido el 1 de mayo de 1925, por el profesor Max Huber en el asunto de las reclamaciones británicas por daños causados a los súbditos británicos en la zona española de Marruecos<sup>20</sup>. En este laudo arbitral, el profesor Max Huber recordaba que, según el derecho internacional:

“La responsabilidad del Estado puede quedar comprometida [...] por falta de vigilancia en la prevención de los actos dañinos, pero también por falta de diligencia en la persecución penal de los infractores. [...] Está admitido que de una manera general, la represión de los delitos no solamente es una obligación legal de las autoridades competentes, pero también, [...] un deber internacional del Estado”<sup>21</sup>.

La no observancia de este Deber de Garantía no se limita entonces a los aspectos de prevención, como lo describiera la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL):

“la responsabilidad del Estado puede resultar no sólo de la falta de vigilancia en la prevención de los actos dañinos, sino también de la falta de diligencia en la persecución penal de los respon-

sables y en la aplicación de las sanciones civiles requeridas”<sup>22</sup>.

Al mantener la impunidad de las violaciones de los derechos humanos, el Estado viola sus obligaciones internacionales y compromete su responsabilidad internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado al respecto que:

“Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”<sup>23</sup>.

### III. Incompatibilidad de la amnistía y la obligación de juzgar y castigar

Las amnistías y otras medidas similares que impiden que los autores de violaciones a los derechos humanos sean llevados ante los tribunales, juzgados y sancionados, son incompatibles con las obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos a los Estados. Por un lado estas amnistías son

<sup>20</sup> Ver documento de las Naciones Unidas, Nations Unies, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. II, pág. 640 a 742.

<sup>21</sup> *Ibid*, págs. 645 y 646 (Original en francés, traducción libre).

<sup>22</sup> ONUSAL, doc. cit., párrafo 29

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velázquez Rodríguez*, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N° 4, párrafo 176.

incompatibles con la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos. Asimismo, estas amnistías son incompatibles con la obligación del Estado de garantizar el derecho de toda persona a un recurso efectivo y a ser oída por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos. La jurisprudencia internacional ha sido coherente y consistente en esta materia.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Comentario general N° 20 (sobre el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyó que

“Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar porque no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”<sup>24</sup>.

El Comité de Derechos Humanos ha reiteradamente reafirmado esta jurisprudencia al examinar amnistías adop-

tadas por Estados partes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En sus “Observaciones finales” a Chile, el Comité de Derechos Humanos, en 1999, consideró:

“El Decreto ley de amnistía, en virtud del cual se concede amnistía a las personas que cometieron delitos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, impide que el Estado parte cumpla sus obligaciones, con arreglo al párrafo 3 del artículo 2, de garantizar la reparación efectiva a cualquier persona cuyos derechos y libertades previstos en el Pacto hayan sido violados. El Comité reitera la opinión expresada en su Observación General 20, de que las leyes de amnistía respecto de las violaciones de los derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado parte de investigar esas violaciones, garantizar que las personas no estén sujetas a dichas violaciones dentro de su jurisdicción y velar por que no se cometan violaciones similares en el futuro”<sup>25</sup>.

En 1995, en sus “Observaciones finales” a Argentina, el Comité de Derechos Humanos concluyó, que al negar el derecho a un recurso eficaz a quienes fueran víctimas de violaciones de derechos humanos durante el período de gobier-

<sup>24</sup> Comentario general N° 20 (44) sobre el artículo 7, 44° período de sesiones del Comité de Derechos Humanos (1992) en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/47/40), anexo VI.A

<sup>25</sup> Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.104, párrafo 7.

no autoritario, la Ley N° 23521 (Ley de obediencia debida) y la Ley N° 23492 (Ley de punto final) violaban los párrafos 2 y 3 del artículo 2 y el párrafo 5 del artículo 9 del Pacto, con lo cual:

“los compromisos asumidos por el Estado Parte con respecto a su reciente pasado autoritario, especialmente la Ley de obediencia debida y la Ley de punto final y el indulto presidencial a los altos jefes militares son incompatibles con los requisitos del Pacto”<sup>26</sup>.

El Comité de Derechos Humanos, en sus “Observaciones finales” de noviembre 2000, recordó al Estado argentino que:

“Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores”<sup>27</sup>.

En el caso de la ley de amnistía de Perú de 1995, el *Comité de Derechos Humanos* concluyó, que al impedir “la investigación y el castigo apropiados de los autores de violaciones de los derechos humanos cometidas, esta ley constituye

una violación de la obligación contenida en el artículo 2 del Pacto de derechos Civiles y Políticos<sup>28</sup>.

En el caso de la amnistía otorgada al personal civil y militar por las violaciones de los derechos humanos de los civiles que puedan haberse cometido en el curso de la guerra civil en el Líbano, el Comité de Derechos Humanos recordó que:

“Esa amnistía generalizada puede impedir que se investigue y se castigue debidamente a los autores de violaciones de los derechos humanos en el pasado, socavar los esfuerzos por imponer la observancia de los derechos humanos y obstaculizar los esfuerzos por consolidar la democracia”<sup>29</sup>.

En sus “Observaciones finales” a Francia, en mayo de 1997, el Comité de Derechos Humanos concluyó que:

“las leyes de amnistía de noviembre de 1988 y enero de 1990 para Nueva Caledonia son incompatibles con la obligación de Francia de investigar las presuntas violaciones de los derechos humanos”<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos : Argentina. 05/04/95. CCPR/C/79/Add.46;A/50/40, párrafo 144.

<sup>27</sup> Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos : Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG, pár. 9.

<sup>28</sup> Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.67, párrafo 9. Ver también las “Observaciones finales” del Comité al informe de Perú, de noviembre 2000, en documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/70/PER, párrafo 9.

<sup>29</sup> Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.78, párrafo 12.

<sup>30</sup> Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.80, párrafo 13.

En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto de las leyes de amnistía de El Salvador<sup>31</sup>, Haití<sup>32</sup> y Uruguay<sup>33</sup>. El Comité de Derechos Humanos ha destacado que esta clase de amnistías contribuyen a crear una atmósfera de impunidad para los perpetradores de violaciones de los derechos humanos y socavan los esfuerzos encaminados a restablecer el respeto de los derechos humanos y el estado de derecho, situaciones que son contrarias a las obligaciones de los Estados bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tratándose de la incompatibilidad de las amnistías y la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiteradamente concluido que:

“la aplicación de las amnistías hace ineficaces y sin valor las obligaciones internacionales de los Estados partes impuestas por el artículo 1.1 de la Convención; en consecuencia constituyen una violación de dicho artículo y eliminan la medida más efectiva para poner en vigencia tales derechos, cual es el enjuiciamiento y castigo a los responsables”<sup>34</sup>.

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que:

“dichas leyes [de amnistía] eliminan la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, vale decir, el enjuiciamiento y castigo a los responsables”<sup>35</sup>.

En el caso del Decreto-Ley 2191 de 1978 de Chile, la Comisión Interameri-

<sup>31</sup> Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.34, párrafo 7.

<sup>32</sup> Documento de las Naciones Unidas A/50/40, paras. 224-241.

<sup>33</sup> Documentos de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.19 párrafos 7 y 11; CCPR/C/79/Add.90, Parte “C. Principales temas de preocupación y recomendaciones”; y Dictamen del 09/08/94, Caso Hugo Rodríguez (Uruguay), Comunicación N° 322/1988, CCPR/C/51/D/322/1988, párrafo 12,4.

<sup>34</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 50. Ver igualmente: Informe N° 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 50; Informe N° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998, párrafo 42; Informe N 136/99, Caso 10.488 Ignacio Ellacuría S.J. y otros (El Salvador), 22 de diciembre de 1999, párrafo 200; Informe N° 1/99, Caso 10.480 Lucio Parada Cea y otros (El Salvador), 27 de enero de 1999, párrafo 107; informe N° 26/92, caso 10.287 masacre de las Hojas (el Salvador), 24 de septiembre de 1992, párrafo 6; Informe N° 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), de 2 de octubre de 1992; e Informe N° 29 (Uruguay), 1992..

<sup>35</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 136/99, Caso 10.488 Ignacio Ellacuría S.J. y otros (El Salvador), 22 de diciembre de 1999, párrafo 200.

cana de Derechos Humanos consideró que la amnistía viola el derecho a la justicia que les asiste a los familiares de las víctimas, de identificar a sus autores y de que se establezcan sus responsabilidades y sanciones correspondientes, y a obtener reparación judicial por parte de éstos. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que la amnistía del régimen militar constituía una violación de los artículos 1.1 y 2 del la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que su aplicación genera denegación del derecho a la justicia, lo que viola los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó, en sus Informes N° 34/96, 36/96, y 25/98, que:

“el Decreto Ley N° 2191 de auto-amnistía, dictado en el año 1978 por el pasado régimen militar de Chile, es incompatible con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por ese Estado el 21 de agosto de 1990”<sup>36</sup>.

En el caso de la amnistía de El Salvador, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha concluido reiteradamente que esta ley es incompatible con las obligaciones del Estado bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>37</sup>. En uno de sus dictámenes la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que

“Estas leyes de amnistía han privado a importantes sectores de la población del “derecho a la justicia en sus justos reclamos contra quienes cometieron excesos y actos de barbarie en su contra”<sup>38</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los casos de las leyes de amnistía de Argentina y de Uruguay, concluyó que estas disposiciones eran incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>39</sup>.

La incompatibilidad de las leyes de

<sup>36</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 105; Informe N° 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 104; Informe N° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998, párrafo 101.

<sup>37</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 136/99, Caso 10.488 Ignacio Ellacuría S.J. y otros (El Salvador), 22 de diciembre de 1999; informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez (El Salvador), 13 de abril de 2000; Informe N° 1/99, Caso 10.480 Lucio Parada Cea y otros (El Salvador), 27 de enero de 1999; Informe N° 26/92, caso 10.287 masacre de las Hojas (el Salvador), 24 de septiembre de 1992, entre otros.

<sup>38</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 1/99, Caso 10.480 Lucio Parada Cea y otros (El Salvador), 27 de enero de 1999, párrafo 107.

<sup>39</sup> 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; e Informe N° 29/92 (Uruguay).

amnistía fue implícitamente reconocida por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada bajo auspicios de las Naciones Unidas en junio de 1993, en Viena. La Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, contiene una cláusula acorde a la cual:

“los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases del imperio de la ley”<sup>40</sup>.

#### IV.- *Pacta sunt servanda*

Es un principio general de derecho internacional universalmente reconocido que los Estados deben ejecutar de buena fe los tratados y las obligaciones internacionales que dimanen de estos. Este principio general del derecho internacional tiene como corolario que las

autoridades de un país no pueden argumentar obstáculos de derecho interno para sustraerse a sus compromisos internacionales. La existencia de normas constitucionales, legislativas o reglamentarias no puede ser invocada para no ejecutar obligaciones internacionales o para modificar su cumplimiento. Este es un principio general del derecho de gentes reconocido por la jurisprudencia internacional<sup>41</sup>. Igualmente, la jurisprudencia internacional ha reiterado que de acuerdo a este principio las decisiones de tribunales nacionales no pueden ser esgrimidas como óbice para el cumplimiento de obligaciones internacionales<sup>42</sup>.

Este principio y su corolario han sido acrisolados en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por la República de Chile<sup>43</sup>. No huelga destacar que la jurisprudencia chilena ha reconocido expresamente el carácter imperativo del principio *pacta sunt servanda*. La Corte Suprema de Justicia

<sup>40</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, doc. cit., párrafo 60.

<sup>41</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva del 4 de febrero de 1932, *Traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, Série A/B, n° 44; Opinión Consultiva del 31 de julio de 1930, *Question des communautés greco-bulgares*, Serie n° 17. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva de 26 de abril de 1988, *Obligation d'arbitrage*; Sentencia del 28 de noviembre de 1958, *Application de la Convention de 1909 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas/Suède)*; Sentencia de del 6 de abril de 1955, *Notteböhme (2e. Phase) (Lichtenstein/Guatemala)*. Laudo arbitral S.A Bunch, *Montijo (Colombia/ Estados Unidos de América)*, 26 de julio de 1875.

<sup>42</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia N° 7, de 25 de mayo 1923, *Haute Silésie polonaise*, en *Recueil des arrêts et ordonnances, série A, N° 7*; y Sentencia N° 13, *Usine de Chorzwow (Allemagne / Pologne)*, de 13 de septiembre de 1928, en *Recueil des arrêts et ordonnances, série A, N° 17*.

<sup>43</sup> Chile firmo la Convención el 23 de mayo de 1969 y hizo la ratificación 9 de abril de 1981.

de Chile, en su fallo del 26 de octubre de 1995, afirmó que:

“es un principio reconocido universalmente que las Naciones civilizadas no pueden invocar su Derecho Interno para eludir obligaciones y compromisos internacionalmente por dichos tratados, lo que ciertamente de producirse sí debilitaría el estado de derecho”<sup>44</sup>.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es ajeno a este principio. Así lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su Opinión consultiva sobre “Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención” la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que:

“Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanen-

te de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia”<sup>45</sup>.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

“Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos”<sup>46</sup>.

Si una ley de un país viola derechos protegidos por un tratado internacional y/u obligaciones que dimanen de éste, el Estado compromete su responsabilidad internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado este principio en varias oportunida-

<sup>44</sup> Sentencia de 26 de octubre de 1995, Caso Bárbara Uribe y Edwin vanYurick.

<sup>45</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 35.

<sup>46</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en Serie A: Fallos y Opiniones, N° 13, párr. 26.

des, y en particular en su Opinión Consultiva N° 14:

“La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y[...], en el evento que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado”<sup>47</sup>.

Tratándose de leyes de amnistía incompatibles con obligaciones internacionales de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado que una ley de amnistía no puede servir de justificación para no cumplir el deber de investigar y de conceder acceso a la justicia. La Corte ha expresado:

“Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía [...] que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento [...] en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los he-

chos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado”<sup>48</sup>.

Así lo ha reiterado el Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones finales a Perú, en 1996. El Comité de Derechos Humanos al concluir que la ley de amnistía y la ley de interpretación de la ley de amnistía adoptadas por la administración del Presidente Fujimori eran incompatibles con las obligaciones del Perú bajo el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, subrayó que:

“la legislación nacional no puede modificar las obligaciones internacionales contraídas por un Estado Parte en virtud del Pacto”<sup>49</sup>.

Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado este principio al concluir que el Decreto Ley N° 2191 de amnistía es incompatible con las obligaciones de Chile bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“El Estado chileno no puede justificar, desde la perspectiva del Derecho internacional, el incumplimiento de la Convención, alegando que la autoamnistía fue decretada por el gobierno anterior o que la abstención y omisión del Po-

<sup>47</sup> Opinión Consultiva OC-14/94, doc. cit., párrafo 50.

<sup>48</sup> Caso Loyaza Tamayo, Sentencia de reparaciones, 27 de noviembre de 1998, párrafo 168, citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez (El Salvador), 13 de abril de 2000.

<sup>49</sup> Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.67, párr. 10..

der Legislativo de derogar dicho Decreto-Ley, o que los actos del Poder Judicial que confirman su aplicación [...] ya que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 27 que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"<sup>50</sup>.

## V. La no aplicación de la amnistía por tribunales nacionales

La responsabilidad del Estado se ve comprometida desde el momento en que cualesquiera de sus órganos incurre en una violación de una obligación internacional, ya sea por acción o por omisión. Este es un principio del derecho internacional consuetudinario<sup>51</sup>, reconocido ampliamente por la jurisprudencia internacional. Este principio está reflejado en el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, que la Comisión de Derecho Internacional de

las Naciones Unidas viene elaborando desde 1955, en cumplimiento del mandato que le confiriera la Asamblea General de las Naciones Unidas para codificar los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados<sup>52</sup>. El artículo 6 de dicho proyecto reza así:

“El comportamiento de un órgano del Estado se considerará un hecho de ese Estado según el derecho internacional, tanto si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial u a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en la organización del Estado”<sup>53</sup>.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es ajeno a este principio. Así lo han reafirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>54</sup>, la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>55</sup> y la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>56</sup>. La Comisión Intera-

<sup>50</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 84.

<sup>51</sup> Roberto Ago, *Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados*, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1971, Vol. II, 1era. Parte, págs. 253-254.

<sup>52</sup> Resolución 799 (VIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 7 de diciembre de 1953,

<sup>53</sup> *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° periodo de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, Documento de las Naciones Unidas Suplemento N° 10 (A/51/10), pág. 6.

<sup>54</sup> Ver entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velázquez Rodríguez*, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N° 4, párrafo 151.

<sup>55</sup> Ver por ejemplo, las Sentencias *Tomasi contra Francia*, de 27 de agosto de 1992; y *Fr. Lombardo contra Italia*, de 26 de noviembre de 1992.

<sup>56</sup> Ver por ejemplo, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Caso Irlanda contra Reino Unido*, en *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Vol. 11, 1era. Parte, pág. 11.

americana de Derechos Humanos, en una de sus decisiones sobre la incompatibilidad del Decreto Ley N° 2191 de 1978 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recordó que:

“Si bien internamente los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial son distintos e independientes, los tres poderes del Estado conforman un sola unidad indivisible del Estado de Chile que, en el plano internacional, no admite tratamientos por separado y, por ello, Chile asume la responsabilidad internacional por los actos de sus órganos del poder público que transgreden los compromisos internacionales derivados de los tratados internacionales”<sup>57</sup>.

En este marco jurídico, los tribunales deben cumplir con las obligaciones internacionales del Estado, que en el marco de su competencia les incumbe. Estas son, en lo que es materia de este informe en derecho: administrar justicia de manera independiente e imparcial, con la observancia de las garantías judiciales; investigar, procesar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos; y garantizar el derecho a la justicia y a un recurso efectivo a las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares. Una actuación de

un tribunal que contrariara esta obligación, ya fuese por acción u por omisión, sería una denegación de justicia y una violación de las obligaciones internacionales del Estado, comprometiendo así la responsabilidad internacional de éste.

La aplicación por un tribunal nacional de una ley de amnistía incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y violatoria de derechos humanos internacionalmente amparados, constituye una violación de las obligaciones internacionales del Estado. En el caso de la aplicación del Decreto-Ley No. 2191 de 1978, en causas judiciales, por tribunales nacionales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha concluido:

“Que la sentencia de la Corte Suprema de Chile, dictada el 28 de agosto de 1990 y su confirmatoria de 28 de septiembre del mismo año, que declara constitucional y de aplicación obligatoria por el Poder Judicial el citado “Decreto-Ley” N° 2191, cuando ya había entrado en vigor para Chile la Convención Americana sobre Derechos Humanos, viola lo dispuesto por los artículos 1.1 y 2 de la misma.”<sup>58</sup>.

“Que las decisiones judiciales de sobre-

<sup>57</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 84.

<sup>58</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 106; , Informe N° 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11282 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 105; e Informe N° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998, párrafo 102.

seimiento definitivo dictadas en las causas criminales abiertas por la detención y desaparición de las 70 personas a cuyo nombre se inició el presente caso, no sólo agravan la situación de impunidad, sino que, en definitiva, violan el derecho a la justicia que les asiste a los familiares de las víctimas, de identificar a sus autores y de que se establezcan sus responsabilidades y sanciones correspondientes, y obtener reparación judicial por parte de éstos”<sup>59</sup>.

La obligación internacional del Estado de investigar, procesar y sancionar a los autores de violaciones a los derechos humanos se realiza a través de la actividad judicial. Así que los tribunales están en el deber de ejecutar tal obligación, de lo contrario comprometen la responsabilidad del Estado. En este marco jurídico, un tribunal no sólo debe abstenerse de aplicar una ley de amnistía incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y violatoria de derechos humanos internacionalmente amparados, sino que debe asimismo proceder a investigar, procesar y sancionar a los

autores de violaciones a los derechos humanos. En el caso de los tribunales de Chile, ello no sólo dimana del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino del claro precepto constitucional del artículo 5 de la Constitución de la República de Chile que estipula:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

En orden a las anteriores consideraciones, Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas consideran que un tribunal de justicia de la República de Chile no puede aplicar la ley de amnistía N° 2191 de 1978, violatoria de derechos humanos internacionalmente protegidos, sin violar las obligaciones internacionales del Estado y su propia Constitución.

Londres, Reino Unido, el 15 de diciembre 2000

HUGO RODRIGUEZ BRIGNARDELLO  
Consejero Jurídico para América  
Secretariado Internacional - Londres  
Amnistía Internacional

Ginebra, Suiza, el 15 de diciembre 2000

FEDERICO ANDREU-GUZMÁN  
Consejero Jurídico  
para América Latina y el Caribe  
Comisión Internacional de Juristas

<sup>59</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 107. En ese mismo sentido ver el Informe N° 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 106, y el Informe N° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998, párrafo 103.

# MIEMBROS DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS

## Presidenta

Claire L'HEUREUX-DUBE

*Magistrada de la Corte Suprema de Justicia; Canadá*

## Vicepresidentes

Dalmo DE ABREU DALLARI

*Profesor de Derecho; Sao Paulo, Brasil*

Desmond FERNANDO

*Abogado, ex Presidente de International Bar Association; Sri Lanka*

Lennart GROLL

*Ex Juez de la Corte de Apelaciones de Estocolmo; Suecia*

Theo C. VAN BOVEN

*Profesor de Derecho Internacional, Miembro del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial; Países Bajos*

## Miembros del Comité Ejecutivo

Kofi KUMADO (Presidente)

*Profesor de Derecho, Universidad de Ghana; Ghana*

Dato Param CUMARASWAMY

*Abogado, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de magistrados y abogados; Malasia*

Vera de Melo DUARTE

*Juez de la Corte Suprema de Justicia; Cabo Verde*

Lord William GOODHART, Q.C.

*Abogado, miembro de la Casa de los Lorez; Reino Unido*

Asma KHADER

*Abogada; Jordania*

Jerome J. SHESTACK

*Abogado, ex Presidente de American Bar Association; Estados Unidos de América*

## Miembros de la Comisión

Solomy Balungi BOSSA

*Presidenta de la Alta Corte de Justicia; Uganda*

Antonio CASSESE

*Juez y ex Presidente del Tribunal Internacional para la exYugoslavia; Italia*

Arthur CHASKALSON

*Presidente de la Corte Constitucional; Sudáfrica*

Lord Robin COOKE of Thorndon

*Ex Presidente de la Corte de Apelaciones; Nueva Zelandia*

Marie-Jose CRESPIN

*Miembro del Consejo Constitucional; Senegal*

Rajeev DHAVAN

*Abogado, Profesor de Derecho, Director de Public Interest Legal Support and Research Center; India*

John DOWD, AO

*Juez de la Corte Suprema de New South Wales, Australia*

Jochen A. FROWEIN

*Profesor de Derecho, Director del Instituto Max Planck, ex Vicepresidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos; Alemania*

Diego GARCIA-SAYAN

*Miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ministro de Relaciones Exteriores; Perú*

Gustavo GALLON GIRALDO

*Abogado, Juez Ad Hoc de la Corte Constitucional; Representante Especial de las Naciones Unidas para Guinea Ecuatorial, Director de la Comisión Colombiana de Juristas; Colombia*

Ruth GAVISON

*Profesora de Derecho, Presidenta de Association for Civil Liberties; Israel*

Asma JAHANGIR

*Juez de la Alta Corte de Justicia, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; Pakistán*

Maurice KAMTO

*Profesor de Derecho Público; Camerín*

Ewa LETOWSKA

*Profesora de Derecho, Academia Polaca de Ciencias; Polonia*

Gladys Verónica LI, Q.C.

*Ex Magistrada Adjunta de la Alta Corte de Justicia; Hong Kong, China*

Florence N. MUMBA

*Juez del Tribunal Internacional para la exYugoslavia; Zambia*

Adnan Buyung NASUTION

*Abogado, ex miembro del Parlamento; Indonesia*

Pedro NIKKEN

*Profesor de Derecho Internacional, Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Venezuela*

Manfred NOWAK

*Profesor de Administración Pública, ex miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias; Austria*

Margarita RETUERTO BUADES

*Abogada, Miembro del Comité de las Naciones Unidas de Derechos Humanos; España*

Hipólito SOLARI YRIGOYEN

*Miembro del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Presidente de la organización Nuevos Derechos Humanos, ex Senador; Argentina*

Lászlo SOLYOM

*Presidente de la Corte Constitucional; Hungría*

Daniel THÜRER

*Profesor de Derecho Internacional; Suiza*

Yozo YOKOTA

*Profesor de Derecho, Miembro de la Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; Japón*

José ZALAQUETT

*Abogado; Profesor de Derecho, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Chile*

## Miembros Honorarios

Arturo A. ALAFRIZ; *Filipinas*

P.J.G. KAPTEYN; *Países Bajos*

François Xavier MBOUYOM; *Camerín*

Boutros BOUTROS-GHALI; *Egipto*

Michael D. KIRBY, AC, CMG; *Australia*

Fali S. NARIMAN; *India*

William J. BUTLER; *Estados Unidos de América*

Jean Flavien LALIVE; *Suiza*

Sir Shridath S. RAMPHAL; *Guyana*

Haim H. COHN; *Israel*

Rudolf MACHACEK; *Austria*

Joaquín RUIZ-GIMENEZ; *España*

Alfredo ETCHEBERRY; *Chile*

Norman S. MARSH; *Reino Unido*

Lord SHAWCROSS; *Reino Unido*

P.Telfort GEORGES; *Bahamas*

J.R.W.S. MAWALLA; *Tanzania*

Christian TOMUSCHAT; *Alemania*

Hans Heinrich JESCHECK; *Alemania*

Keba MBAYE; *Senegal*

Michael A. TRIANTAFYLIDIS; *Chipre*

## Secretario General

Louise DOSWALD-BECK, *Reino Unido*

## ***Publicaciones recientes de la CIJ***

### ***The Death Penalty: Condemned***

*Publicado en inglés, 127 pp.; Ginebra, septiembre 2000*  
*15 francos suizos (US\$ 9.00), más gastos de correo*

Informe del seminario *La pena de muerte: algunas cuestiones claves*, realizado en Ginebra, en abril de 1999, por la Comisión Internacional de Juristas. La publicación contiene los estudios sobre diferentes aspectos de la pena de muerte presentados por los expertos en el seminario.

### ***Strengthening Judicial Independence - Eliminating Judicial Corruption CIJL Yearbook 2000 - Volume IX***

*Publicado en inglés, 134 pp.; Ginebra, febrero 2001*  
*20 francos suizos (US\$ 12.00)*

Noventa Anuario del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA), de la CIJ. El Anuario reproduce las ponencias presentadas por los expertos que participaron en el Taller de trabajo sobre la corrupción judicial, organizado por el CIJA en Ginebra, en enero del 2000. Además, contiene las *Directivas para la prevención y eliminación de la corrupción y la garantía de la imparcialidad del sistema judicial*, adoptadas por el Taller.

### ***Attacks on Justice***

#### **The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers**

*Publicado en inglés, 499 pp.; Ginebra, junio 2000*  
*20 francos suizos (US\$ 12.00)*

Décima edición del informe *Araques a la Justicia: Hostigamiento y Persecución de Jueces y Abogados*, del CIJA. El informe indica que, de enero de 1999 a febrero del 2000, 412 juristas de 49 países fueron objeto de amenazas por sus actividades en favor de los derechos humanos. De entre ellos, 16 fueron asesinados; 12 «desaparecieron»; 79 fueron perseguidos, arrestados, detenidos o torturados; 8 fueron agredidos físicamente; 35 fueron amenazados y 262 fueron objeto de procedimientos o de sanciones.

### ***Crimen contra la humanidad - Pinochet ante la justicia***

*Publicado en español e inglés, 128 pp.; Ginebra, julio de 1999*  
*15 francos suizos (US\$ 9.00), más gastos de correo*

Estudio realizado por Alejandro Artucio sobre las decisiones judiciales y del Ministro del Interior del Reino Unido relativas a la solicitud de extradición de Augusto Pinochet Ugarte formulada por la justicia española. Además contiene un pormenorizado análisis de la sentencia del 24 de marzo de 1999, de la Cámara de los Lores. El estudio hace importantes reflexiones sobre el derecho internacional aplicable y las lecciones que deja el caso Pinochet.