

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS. UN GRAN PASO HACIA UNA MAYOR PROTECCIÓN EN LA LUCHA CONTRA ESTE FENÓMENO*

PATRICIO GALELLA**

Resumen: El 31 de octubre de 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por consenso la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Es el primer instrumento jurídicamente vinculante de alcance universal en la materia y ha venido a colmar un vacío legal en la materia. A su vez, implica un reconocimiento de que las desapariciones forzadas no son un fenómeno del pasado ni exclusivo de las antiguas dictaduras latinoamericanas. La Convención Internacional ha recogido los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales más progresistas que la sociedad civil venía reclamando desde hace tiempo. Por lo tanto, desde un punto de vista teórico estamos en presencia de un instrumento internacional que posee las herramientas adecuadas para hacer frente al fenómeno desapariciones forzadas o involuntarias.

Palabras claves: desapariciones forzadas, amnistía, crímenes de lesa humanidad, ius cogens.

Abstract: On October 31, 2006 the United Nations General Assembly adopted by consensus the International Convention for the protection of all persons against enforced disappearances. The Convention is the first universal binding treaty and has come to fill the legal vacuum surrounding this issue. At the same time, it means recognition that enforced disappearances are neither a phenomenon of the past nor an exclusive tool of the former Latin America military juntas. The International Convention has included in its text high standards of human rights protection recognised by the doctrine and international tribunals and claimed for long time by the civil society. Thus, from a theoretical point of view we are in presence of an international treaty with the proper tools to face the phenomenon of enforced disappearances in the world.

Keywords: enforced disappearances, amnesty, crimes against humanity, ius cogens.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y PRIMERAS REACCIONES INSTITUCIONALES; III. LA NECESIDAD DE UN INSTRUMENTO DE ALCANCE UNIVERSAL; IV. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES MÁS RELEVANTES; 1. Definición; 2. Derecho a no ser sometido a una desaparición forzada; 3. La inderogabilidad del derecho; 4. Los agentes no estatales; 5. La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad; 6. La posibilidad de prescripción; 7. Las amnistías; 8. El establecimiento de una jurisdicción cuasi

* Fecha de recepción: 5 de octubre de 2010.

Fecha de aceptación: 23 de noviembre de 2010.

** Abogado. Master en Asuntos Internacionales. Doctorando en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Instituto Universitario Ortega y Gasset (UAM-UCM). Email: patriciogalella@yahoo.com.ar

universal; 9. Las jurisdicciones militares; 10. La prohibición expresa de detenciones en secreto y la obligación de detención en centros oficiales; 11. La calificación de víctima; 12. El derecho a la verdad; 13. La reparación; 14. El mecanismo de control: el Comité contra la desaparición forzada de personas V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La desaparición forzada de personas no es un fenómeno del pasado, erradicado, ni exclusivo de las antiguas dictaduras latinoamericanas. Es un fenómeno actual y global, tal y como lo demuestra el último¹ informe preparado por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las desapariciones forzadas o involuntarias en el que ha señalado que sólo en ese año había transmitido 456 nuevos casos de desapariciones a gobiernos de países muy diferentes y de diversas regiones geográficas, tales como Argelia, Bangladesh, China, Colombia, Guatemala, Irak, entre otros. Desde su creación en 1980, el Grupo de Trabajo ha transmitido 53.232 casos, de los cuales 42.600 siguen abiertos y conciernen a 82 países.

La adopción de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias (de aquí en adelante la Convención Internacional o la Convención) por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006 representa un hito en la lucha contra este fenómeno y ha venido a colmar el vacío legal existente en la materia. Se trata, en efecto, del primer instrumento jurídicamente vinculante de pretensión universal en la lucha contra las desapariciones forzadas y es el resultado de años de trabajo impulsados por un grupo de Estados pero también por actores de la sociedad civil. Esta Convención está destinada a ofrecer una mayor protección a los individuos frente a este fenómeno e implica un reconocimiento más de que los Estados son instrumentos para la protección de los derechos humanos y no al revés².

Al tratarse de un instrumento reciente, resulta oportuno analizar las disposiciones que, a nuestro parecer, son más relevantes y que representan desarrollos positivos en el derecho internacional. Al mismo tiempo y con la intención de realizar un estudio global del nuevo instrumento, analizaremos también aquellas disposiciones que consideramos menos afortunadas o que representan carencias en el texto de la Convención. Para ello, en primer lugar presentaremos los orígenes de las desapariciones y su evolución (II), los elementos de su definición (III) para luego explicar las razones que condujeron a la preparación de

¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Documento de Naciones Unidas A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009.

² En el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que *“los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, para. 165. Por su parte, el ex secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, también ha manifestado que los Estados deben ser entendidos como instrumentos al servicio de su pueblo y no al revés. ANNAN, K., “Two concepts of sovereignty”, *The Economist*, 18 de septiembre de 1999.

un instrumento internacional en la materia (IV). Una vez realizado esto entraremos en el núcleo de este trabajo al estudiar las disposiciones que consideramos más relevantes de la Convención y señalando los aspectos que podrían haber sido mejorados (V). Finalmente, expondremos las conclusiones (VI).

II. ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y PRIMERAS REACCIONES INSTITUCIONALES

La figura de la desaparición forzada de personas como estrategia para la eliminación de oponentes políticos aparece por primera vez en el “Decreto de de noche y niebla” (*Nacht und Nebel Erlass*) de Adolf Hitler del 7 de diciembre de 1941. El decreto disponía que toda persona que, en territorios ocupados³ por Alemania, amenazara la seguridad del Estado alemán o de las fuerzas ocupantes, debía ser transportada secretamente a Alemania en donde, sin más, desaparecía. Complementariamente, quedaba estrictamente prohibido entregar información sobre la suerte de estas personas creando así una situación de desesperación e incertidumbre entre los familiares de la persona desaparecida pero también sobre el conjunto de la población⁴.

En una carta de diciembre de 1941, el responsable de la implementación del decreto, Wilhelm Keitel, afirmaba que el envío a prisión, incluso la pena de trabajos forzados de por vida para quienes atentaban contra el Estado alemán en territorios ocupados era una demostración de debilidad del régimen. Por ello, una intimidación eficiente y duradera sólo podía lograrse a través de la pena de muerte o de medidas por las que los familiares de los prisioneros y la población no supieran absolutamente nada sobre la suerte de las personas detenidas⁵.

El uso de esta estrategia fue analizado en los juicios de Núremberg. En el acta de acusación, el fiscal señaló que los malos tratos y las muertes producidos en aplicación del “Decreto de noche y niebla” eran contrarios a las Convenciones Internacionales, en particular, el artículo 46 de la Convención de la Haya de 1907, las leyes y usos de la guerra y los principios del derecho penal que expresaban los principios recogidos por las naciones

³ El decreto se aplicaría sólo a los países ocupados occidentales (Bélgica, Holanda, el norte de Francia y Francia, Noruega).

⁴ Memorandum from the High Command of the Armed Forces to Office Foreign Countries, Counter Intel/ Dept. Abwehr. Re: Prosecution of offenses against the German State of Occupying Power in the occupied territories, February 2, 1942. Disponible en Nazi conspiracy and aggression, Vol. 7, p. 872 en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Nazi_Vol-VII.pdf

⁵ Letter from the Chief of the High Command of the Armed Forces. Subject: Prosecution of offences committed within the occupied countries against the German State of the Occupying Powers, December 12, 1941. Disponible en Nazi conspiracy and aggression, Vol. 7, p. 873 en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Nazi_Vol-VII.pdf

civilizadas, así como el artículo 6 (b) de la Carta del Tribunal⁶, relativo a crímenes de guerra. En su sentencia, el Tribunal encontró responsable a Wilhelm Keitel de la implementación del decreto⁷, y se convirtió así en la primera persona condenada, implícitamente, por un tribunal internacional por el delito de desaparición forzada. Como en aquella época todavía no había sido aceptado que las desapariciones forzadas formaban parte del concepto de crímenes contra la humanidad, el tribunal de Nuremberg le declaró culpable de crímenes de guerra.

El segundo antecedente lo encontramos ya en América Latina. El fenómeno resurgió como política sistemática de represión estatal durante los años 60 cuando las fuerzas de seguridad de Guatemala comenzaron a utilizar a las desapariciones forzadas como parte de su campaña de lucha contra la insurgencia. Esta estrategia fue recogida posteriormente por otros países del continente cuando allí se instalaron regímenes militares en países como Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, entre otros⁸. Fue a partir de este momento en el que las desapariciones forzadas adquirieron trascendencia y atención internacional.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) incluyó por primera vez el tema en su agenda en la década de los 70 pero no fue sino en el año 1980 cuando aprobó la creación de un Grupo de Trabajo destinado a ser un nexo entre los familiares de las víctimas y los Estados, con una labor exclusivamente humanitaria. Se trató del primer procedimiento temático de la Comisión de Derechos Humanos⁹. En el año 1992 la Asamblea General de la ONU, preocupada por la persistencia del fenómeno, aprobó la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (en adelante la Declaración de 1992) pero que, como tal, carecía de efecto vinculante para los Estados. En el año 1998, el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia de las Naciones Unidas presentó un Anteproyecto de Convención (en adelante el Anteproyecto) inspirado fundamentalmente en la Declaración de 1992 y en la Convención contra la Tortura. A nivel latinoamericano, la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó, en 1994, el primer instrumento jurídico vinculante, pero de alcance regional: la Convención Interame-

⁶ Trial of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10, 14 November 1945 - 1 October 1946, Vol. I, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf

⁷ Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, 14 November 1945 - 1 October 1946, Vol. XXII, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-XXII.pdf, pp. 475 y 476.

⁸ Comisión de Derechos Humanos, 58° período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, página 7.

⁹ La función del Grupo de Trabajo consiste en asistir a los familiares de los desaparecidos en la determinación de la suerte de quienes hayan sido sometidos a una desaparición. Para ello, recibe las denuncias de los familiares y actúa como intermediario entre ellas y los gobiernos, cumpliendo una labor exclusivamente humanitaria. Sin embargo, el Grupo no tiene como función atribuir o determinar la responsabilidad internacional del Estado denunciado o de las personas responsables sino que sólo se encarga de acercar a las partes para que se sepa lo acontecido y se determine la suerte de las personas desaparecidas. Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, How to use the WGEID, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm>

ricana contra las Desapariciones Forzadas (en adelante la Convención Interamericana), que consta de 24 artículos y que ha sido ratificada por 14 Estados.

La aparición de numerosos casos en diversas partes del mundo, sumado a la complejidad y gravedad del fenómeno y a la falta de un instrumento específico capaz de ofrecer una protección integral, condujo a la ONU a promover e impulsar una Convención Internacional.

III. LA NECESIDAD DE UN INSTRUMENTO DE ALCANCE UNIVERSAL

Cuando la comunidad internacional se enfrentó a la reaparición del fenómeno en América Latina en los años 70 y en otros lugares del mundo, intentó responder a través del marco legal general existente en ese momento. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y la Convención Americana de Derechos Humanos se convirtieron en los instrumentos convencionales de protección frente a este fenómeno¹⁰. Pero, debido a su falta de especificidad, estos instrumentos no lograban ofrecer una prevención y protección adecuada. Por ejemplo, si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege la mayoría de los derechos que se ven afectados por una desaparición forzada, no establece obligaciones específicas en materia de prevención, investigación, represión y cooperación internacional para combatir este fenómeno. Tampoco establece la obligación de los Estados parte de criminalizar en sus derechos internos el delito de desaparición forzada de personas¹¹.

La Declaración de 1992 interpretó a la desaparición forzada como un fenómeno complejo y aportó en su texto una enumeración no exhaustiva de los derechos afectados por esta figura. Así, la desaparición forzada de personas fue considerada como una violación compleja de los derechos humanos reconocidos internacionalmente como el derecho a la libertad, a la vida, a no ser detenido arbitrariamente, a no ser torturado, etc. En el mismo sentido se ha expresado el Grupo de Trabajo, al considerar que una desaparición forzada puede violar una amplia gama de derechos, no sólo civiles y políticos sino también económicos, sociales y culturales, como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libertad y seguridad de la persona, a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a la vida, en caso de muerte de la persona desaparecida, a una identidad, a un juicio imparcial y a las debidas garantías judiciales, a un recurso efec-

¹⁰ KYRIAKOU, N., "Extraordinary rendition as a form of enforced disappearance", *European University Institute*, Department of Law, 3 June 2009, página 14.

¹¹ ANDREU-GUZMAN, F., "The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance", *The Review of the ICJ - Impunity, crimes against humanity and forced disappearance*, N° 62-63, Geneva, September 2001, pp. 1-22, página 5.

tivo, a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición, a la protección y a la asistencia a la familia, a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación, etc.¹²

Sin embargo, los instrumentos que se fueron creando para luchar contra las desapariciones forzadas no lograron ofrecer tampoco una protección global adecuada. Esto es así porque la Declaración de 1992, si bien tenía pretensión universal, no era vinculante; la Convención Interamericana era un instrumento regional, destinado a aplicarse en el continente americano aunque abierto a todos los países del mundo; y porque el Anteproyecto era sólo una proposición. Pero no debe menospreciarse el papel que han jugado estos instrumentos porque, a pesar de sus limitaciones, sentaron las bases de la actual prohibición de las desapariciones forzadas, colocaron el tema en la agenda internacional y representaron, por lo tanto, un paso gigantesco en la lucha contra el fenómeno.

El 23 de abril de 2001, la Comisión de Derechos Humanos, “*profundamente preocupada por la multiplicación de las desapariciones forzadas o involuntarias en diversas regiones del mundo y por los crecientes informes de hostigamientos, malos tratos e intimidaciones padecidos por testigos de desapariciones o por familiares de los desaparecidos*”, decidió designar a un experto independiente para que examinara el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias¹³. El experto fue Manfred Nowak quien, el 8 de enero de 2002 presentó un informe muy completo en el que concluyó que el marco jurídico internacional existente hasta ese momento era insuficiente y por ello recomendaba la adopción de un instrumento normativo jurídicamente vinculante, que podría adoptar la forma de un tratado especial de derechos humanos (la mejor opción en su opinión), un protocolo facultativo de la Convención de la Tortura o un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴.

En esa misma sesión del 23 de abril de 2001, la Comisión de Derechos Humanos decidió también el establecimiento de un Grupo de Trabajo intersesional para elaborar un borrador de documento normativo vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. El representante francés, Bernard Kessedjan fue nombrado relator especial. Durante 3 años de negociaciones, alrededor de 70 Estados así como varias ONGs intercambiaron sus puntos de vista sobre las disposiciones del futuro instrumento y, basándose en las recomendaciones del informe de Manfred Nowak, el Consejo de Derechos Humanos adoptó en junio de 2006, por consenso, el texto de la Convención y lo transmitió

¹² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Desapariciones forzadas o involuntarias, Folleto informativo N° 6/Rev.3, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3_sp.pdf

¹³ Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/46.

¹⁴ Comisión de Derechos Humanos, 58° período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente MANFRED NOWAK, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, página 5.

a la Asamblea General de las Naciones Unidas, que lo adoptó el 20 de diciembre de ese mismo año.

La Convención Internacional fue abierta para la firma el 6 de febrero de 2007 en París. Es un instrumento jurídicamente vinculante al que, hasta la fecha, 87 países han firmado y que el 23 de noviembre de 2010 ha alcanzado el mínimo de 20¹⁵ ratificaciones necesario para su entrada en vigor.

IV. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES MÁS RELEVANTES

El texto de la Convención Internacional consta de 45 artículos, divididos en tres partes. La primera parte es la más sustanciosa y en ella se reflejan las disposiciones sustantivas, como son, por ejemplo, la definición de desaparición forzada, sus elementos, la obligación de los Estados de investigar las desapariciones, las obligaciones procesales, etc. Las disposiciones de la segunda parte se refieren a la creación, funciones, conformación, procedimiento de recepción de comunicaciones, etc. del órgano de aplicación, a saber, el Comité contra la Desaparición. La tercera parte está dedicada a la entrada en vigor de la Convención, número mínimo de ratificaciones para ello, enmiendas, etc. A continuación analizaremos las disposiciones que consideramos más relevantes para este trabajo.

1. Definición

De los *travaux préparatoires* del proyecto de Convención se extrae que las delegaciones lograron rápidamente un consenso sobre la existencia de tres elementos constitutivos de la definición de desaparición forzada. Estos elementos esenciales, que ya habían sido reconocidos en la Declaración de 1992, en la Convención Interamericana, y en el Anteproyecto, son: 1) el arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad; 2) obra de agentes del Estado o por personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado; y 3) el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida.

Sin embargo, hubo un cuarto elemento que generó importantes debates entre las delegaciones. Se trataba de la inclusión o no en la definición de la intención de sustraer al desaparecido a la protección de la ley. Dos posiciones contrapuestas se enfrentaban: por un lado, la de aquellas delegaciones para las que la definición implicaba el reconocimiento de 4 elementos indispensables para que tuviera lugar el delito de desaparición y, por otro

¹⁵ Los países que han ratificado son ya 21: Albania, Alemania, Argentina, Bolivia, Brasil, Burkina Faso, Chile, Cuba, Ecuador, España, Francia, Honduras, Irak, Japón, Kazajstán, Malí, México, Nigeria, Paraguay, Senegal y Uruguay.

lado, la de aquellos que consideraban que los elementos eran tres y que la sustracción de la persona a la protección de la ley no era más que el resultado o la consecuencia de los tres elementos constitutivos previos. Las delegaciones de países como China, Egipto, Reino Unido¹⁶ y Estados Unidos apoyaban la primera posición mientras que la de países como la Argentina, las ONGs presentes y el Grupo de Trabajo la otra¹⁷. La delegación de los Estados Unidos, por ejemplo, dejó muy en claro desde el principio que una definición de la desaparición forzada debía ser lo suficientemente precisa y que para ello la inclusión expresa de un elemento intencional resultaba extremadamente importante¹⁸.

La cuestión no fue resuelta expresamente por el texto de la Convención Internacional para quedar, según el presidente del Grupo de Trabajo, en manos del legislador nacional la posibilidad de interpretar la sustracción a la protección de la ley como un elemento constitutivo de la definición o no. También se dejaba a discreción de los Estados la posibilidad de realizar una declaración interpretativa al momento de la ratificación¹⁹.

Así, el artículo 2 de la Convención Internacional ha quedado entonces redactado de la siguiente manera: “*Se entenderá por desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley*”. En opinión de MC CRORY, se trata de la disposición más importante de la Convención ya que ni el artículo 1, ni el 3 o el 4 pueden ser aplicados sin una consideración detallada de este artículo²⁰.

Por otra parte y como se puede apreciar, no existe en esta definición ningún elemento subjetivo, elemento que sí existía en el Anteproyecto de 1998, artículo 2, párrafo 1 y en el que se requería que el autor supiera o tuviera que haber sabido que estaba cometiendo el delito de desaparición forzada. La mayoría de las delegaciones señalaron la necesidad de excluir el elemento subjetivo porque implicaba una limitación excesiva que atentaría contra

¹⁶ El representante del Reino Unido en la Asamblea General reiteró esta posición luego de que la Asamblea aprobara la Convención Internacional.

¹⁷ Además, el propio Grupo, acepta denuncias de particulares sin exigir que la fuente demuestre la intención de sustraer a la persona de la protección de la ley. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Desapariciones forzadas o involuntarias, Folleto informativo N° 6/Rev.3, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev_3_sp.pdf, página 14.

¹⁸ Esta información ha sido extraída de un documento desclasificado en junio de 2009 por la Administración americana y que puede consultarse en el siguiente link: <http://big.assets.huffingtonpost.com/Declassified1.pdf>. También puede consultarse en <http://big.assets.huffingtonpost.com/Declassified2.pdf>

¹⁹ Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. “Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relativas a las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias”. E/CN.4/2006/57, 2 de febrero de 2006, para 93.

²⁰ MC CRORY, S., “The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance”, *Human Rights Law Review* 7:3, 2007, pp. 545-566, página 549.

la efectividad de la justicia criminal²¹. Se trata, en efecto, de una exclusión pertinente porque la prueba del conocimiento del delito es de muy difícil comprobación. Además, puede ser que la persona que lleva adelante una detención, no supiera que ese acto fuera la primera fase de una desaparición forzada. La prueba de esa conciencia limitaría sin dudas el alcance de la Convención. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (siguiendo el informe de su relator especial en la materia²²), en su resolución 1463 se manifestó en este sentido al señalar que una definición de desaparición forzada no debía incluir un elemento subjetivo porque complicaría la prueba²³.

Por otra parte, algunas delegaciones que participaron de los *travaux préparatoires* sugirieron la inclusión de un elemento temporal o de duración, es decir, que la detención o la desaparición fuera “por un período prolongado de tiempo”. Sin embargo, esta proposición encontró la oposición de otras delegaciones que afirmaban que la desaparición forzada de personas existía desde el momento mismo de la detención o el arresto. Así, no se incluyó ningún elemento temporal y la Convención se distanció del articulado del Estatuto de la Corte Penal Internacional que requiere, para el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada, que se hubiera cometido durante “un período prolongado de tiempo”.

2. El derecho a no ser sometido a una desaparición forzada

Hasta la aprobación de la Convención Internacional no existía un derecho autónomo a no ser sometido a una desaparición forzada o involuntaria. Esto condujo a que durante mucho tiempo la desaparición forzada fuera definida como un fenómeno complejo que violaba un conjunto de derechos individuales, como son el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, etc. Sin embargo, esta definición no ofrecía una protección adecuada. Así, surgió la necesidad de reconocer expresamente un derecho específico a no ser sometido a una desaparición forzada²⁴.

En su informe ante la Comisión de Derechos Humanos, el experto independiente Manfred Nowak sugirió dos vías de acción para solventar la cuestión: la primera, el establecimiento de un derecho autónomo, inderogable a no ser víctima de una desaparición forzada; la segunda, especificar de manera vinculante que el acto que conduce a una desaparición forzada constituía, además de una privación arbitraria de la libertad, un trato inhumano y

²¹ Report of the intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance, Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2003/71, 12 de febrero de 2003, para. 40.

²² Council of Europe Parliamentary Assembly, Doc. 10679, Enforced Disappearances, 19 September 2005. Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Christos Pourgourides.

²³ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1463, 3 October 2005.

²⁴ VRANCKX, A., “A long road towards universal protection against enforced disappearance”, *International Peace information Service*, November 2006, pp. 1-19.

degradante (incompatible con el artículo 7 de la Convención de Derechos Civiles y Políticos) como así también una grave amenaza al derecho a la vida y una violación al derecho a tener un recurso efectivo ante una autoridad nacional²⁵. La primera alternativa era, en su opinión, la deseable y es la que, finalmente, ha sido recogida en el texto de la Convención Internacional. Así, el artículo 1.1 ha quedado redactado de la siguiente manera: “*Nadie será sometido a una desaparición forzada*”. Se trata de una disposición pionera porque por primera vez se reconoce expresamente el derecho específico a no ser sometido a una desaparición forzada y merece especial atención el hecho de que su redacción sea en los mismos términos que la de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, porque es una muestra contundente del valor que se le ha reconocido a este nuevo derecho. Complementariamente, los Estados parte en la Convención se comprometen a tipificar en sus legislaciones penales el delito de desaparición forzada²⁶.

3. La inderogabilidad del derecho

El apartado 2 del artículo 1 reconoce la imposibilidad de justificar bajo ningún concepto una desaparición forzada de personas. En efecto, la Convención Internacional señala que no podrán aducirse la existencia de un estado de guerra, inestabilidad política u otra situación de emergencia como justificación de la desaparición forzada. En esta misma línea debe interpretarse el artículo 6.2 por el que ninguna orden de una autoridad pública, civil o militar, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada.

Por intermedio del artículo 1 apartado 2, el legislador reconoce claramente la naturaleza inderogable de la prohibición, que ya había sido señalada por el juez Antonio Cançado Trinidad en el año 1996, en su voto razonado sobre las excepciones preliminares en el caso Blake, al afirmar que la prohibición del delito de desaparición de personas era del dominio del *ius cogens*, de las normas imperativas del derecho internacional general²⁷. En el año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Goiburú* recogió esta interpretación al señalar que la prohibición de la tortura y las desapariciones forzadas habían alcanzado el carácter de normas de *ius cogens* y que esas conductas afectaban valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional²⁸.

²⁵ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002.

²⁶ Artículo 4 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, 20 de diciembre de 2006.

²⁷ Caso Blake Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Voto Juez Cançado Trinidad, párrafo 11, 2 de julio de 1996.

²⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, 22 de septiembre de 2006, párrafo 128.

El reconocimiento en el articulado de la Convención de la imposibilidad de justificar una desaparición forzada es muy relevante: en primer lugar, porque es categórica y representa una nueva señal a los Estados en el sentido de prohibir en todo tiempo las desapariciones de personas²⁹; y, en segundo lugar, por su efecto preventivo, al advertir que en aquellos lugares donde haya un conflicto interno, el uso de la doctrina de la seguridad nacional para justificar determinadas estrategias políticas no podrá ser utilizado como pretexto para cometer una desaparición.

4. Los agentes no estatales

La Declaración de 1992 y la Convención Interamericana caracterizan la especificidad del delito de desaparición forzada a través de la necesaria participación del Estado, ya sea en forma directa a través de la autorización y el apoyo, o en forma indirecta por medio de la aquiescencia o tolerancia del Estado. En ambos instrumentos, el Estado es el actor indispensable y excluyente. La Convención Internacional ha reafirmado esta idea pero también ha incluido en su artículo 3 el deber de los Estados de investigar los casos de desapariciones forzadas cometidas por personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. El legislador internacional recogió los lineamientos establecidos ya en el Anteproyecto de 1998, que había dejado abierta la posibilidad de que grupos o incluso individuos cometieran desapariciones forzadas (artículo 1(2)), y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que, en su artículo 7, relativo a crímenes de lesa humanidad, advierte sobre la posibilidad de que organizaciones políticas puedan cometer una desaparición forzada. El Estatuto no ha definido qué entendía por organización política, pero podría ser desde un partido político hasta un movimiento de liberación nacional o un grupo terrorista³⁰.

En los *travaux préparatoires* de la Convención Internacional, la cuestión fue tratada ampliamente. La delegación rusa, por ejemplo, sostuvo que los actores no estatales como los grupos terroristas y las fuerzas insurgentes debían ser tratados en pie de igualdad con los actores estatales y, consecuentemente, que los actores no estatales sin ningún tipo de conexión con el Estado debían ser incluidos en la definición de la desaparición forzada. Por el contrario, los Estados de América del Sur y las ONGs se opusieron a cualquier inclusión en este sentido porque desvirtuaría la figura, que se caracteriza por la participación directa o indirecta del Estado³¹.

²⁹ Tanto la Declaración de 1992 (artículo 6), la Convención Interamericana (artículo X), como el Anteproyecto de 1998 (artículo 4) incluían disposiciones similares.

³⁰ FARINELLA, F., "The crime of enforced disappearance of persons: a clash between approaches", *Marie Curie Research Course*, 2006-2007.

³¹ UN Working Group on a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearances. Fourth session, 31 January to 11 February 2005, Geneva.

El tema había sido tratado también en el seno del Consejo de Europa. En su informe presentado ante la Asamblea Parlamentaria, el relator especial Christos Pourgourides había señalado que la Asamblea consideraba que todo instrumento futuro en materia de desapariciones debía contener una definición lo suficientemente amplia para incluir los actos cometidos por actores no estatales, como por ejemplo los grupos paramilitares, los escuadrones de la muerte, grupos rebeldes y bandas criminales organizadas³² dando cuenta así de la subjetividad internacional que han adquirido estos grupos. Como sostiene GOMEZ CAMACHO, la inclusión de organizaciones no estatales en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional así como la inserción del artículo 3 de la Convención Internacional es positiva porque, al enfocarse principalmente en los hechos, en la víctima y en el resultado de la acción, redundan en una mayor protección de la víctima³³.

5. La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad

La desaparición forzada de personas es una forma grave y seria de violencia patrocinada por el Estado asociada a la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y el genocidio³⁴. Es una negación de la personalidad jurídica de la persona detenida y cuando es cometida como parte de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil constituye un crimen de lesa humanidad. Así fue reconocido por primera vez en el año 1983 cuando la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos por medio de su Resolución 666 (XIII-0/83) declaró que la práctica de la desaparición forzada de personas constituía un crimen contra la humanidad y una afronta a la conciencia del hemisferio³⁵.

En su artículo 5, la Convención Internacional declara que la práctica sistemática y generalizada de desapariciones forzadas constituye un crimen de lesa humanidad y entraña las consecuencias previstas en el derecho internacional aplicable³⁶. La Convención recoge así lo que ya habían afirmado tanto el artículo 3 de la Convención Interamericana, el preámbulo de la Declaración de 1992 y el artículo 3 del Anteproyecto de 1998.

³² Council of Europe Parliamentary Assembly, Doc. 10679, Enforced Disappearances, 19 September 2005. Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Christos Pourgourides.

³³ GOMEZ CAMACHO, J.J., La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional, *Revista Mexicana de Política Exterior*, No. 66, México, 2007, pp. 27-49, página 33.

³⁴ LIPMAN, M., "Disappearances: Towards a Declaration on the prevention and punishment of the crime of enforced or involuntary disappearances", *4 Connecticut Journal of International Law*, 1988-1989, pp. 121-141, página 123.

³⁵ "(...) To declare that the practice of forced disappearance of persons in the Americas is an affront to the conscience of the hemisphere and constitutes a crime against humanity." Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Resolución 666 (XIII-0/83), 14 de diciembre de 1983, disponible en <http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03797E01.PDF>

³⁶ Como por ejemplo la imprescriptibilidad de la acción penal, la obligación de cooperar en la investigación y en el enjuiciamiento del delito, la posibilidad de utilizar el principio de jurisdicción universal y la inoponibilidad internacional de las amnistías decretadas internamente.

Sin embargo, el legislador internacional se ha distanciado de lo estipulado en el artículo 7.1.i del Estatuto de la Corte Penal Internacional porque no ha exigido la existencia de un elemento intencional en la figura. En efecto, de acuerdo con el artículo 7.1.i del Estatuto de Roma, al referirse al crimen de lesa humanidad de desaparición forzada, es requisito constitutivo de la figura que la persona haya actuado intencionalmente³⁷ con el objetivo de dejar a las personas desaparecidas fuera del amparo de la ley por un período prolongado de tiempo. La definición adoptada en el Estatuto de Roma nos parece demasiado exigente porque dificulta la prueba y opera en beneficio del acusado de ese delito³⁸. En consecuencia, consideramos que la Convención Internacional ha hecho bien al no agregar más cargas a las víctimas.

6. La posibilidad de prescripción

Como acabamos de ver, el artículo 5 de la Convención Internacional establece que la práctica sistemática y generalizada de la desaparición forzada constituye un crimen contra la humanidad y entraña las consecuencias previstas en el derecho internacional. Una de esas consecuencias es la imprescriptibilidad de la acción penal, principio reconocido internacionalmente y que tiene como objetivo básico que los responsables no se beneficien del paso del tiempo y respondan por sus actos.

Sin embargo, el artículo 8 de la Convención Internacional deja abierta la posibilidad de la aplicación de un régimen de prescripción. En efecto, este artículo establece que todo Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito y se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de la figura. En el caso de las desapariciones, la prescripción comenzará cuando se haya determinado con certeza la suerte de la persona desaparecida. Además, los recursos a disposición deben ser eficaces durante todo el plazo de prescripción.

Por último, si bien es cierto que este artículo toma especial atención a la naturaleza continua del delito, consideramos que hubiera sido deseable la inclusión de una disposición como la existente en la Declaración de 1992 por la que se señala que el acto de la desaparición

³⁷ De acuerdo con el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, actúa intencionalmente quien se propone incurrir en la conducta o quien es consciente de las consecuencias que causa su acción. El Anteproyecto de 1998 exigía también, en su artículo 3(2) que supieran o hubieran sabido que su acto era parte de un crimen de lesa humanidad.

³⁸ CAPELLA I ROIG, M., “Las “desapariciones forzadas” en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo”, *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 6, 1999, pp. 265-302.

ción no se completa con el secuestro o el arresto de la persona sino que continúa hasta que se determine la suerte y el paradero de la persona desaparecida.

7. Las amnistías

En el año 1992, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había señalado que las leyes de Punto Final (ley 34.492) y Obediencia debida (ley 23.521) aprobadas por el gobierno de la República Argentina eran incompatibles con el artículo XVIII de la Convención Americana de Deberes y Derechos del Hombre como así también con el artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, al no garantizar el derecho de las víctimas a buscar justicia³⁹. Esto fue reafirmado en el año 2005 en el caso Simón por la Corte Suprema de la Argentina al considerar que las leyes de obediencia debida y punto final, en la medida en que estaban orientadas al olvido de graves violaciones a los derechos humanos, se oponían a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰.

En su informe presentado ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el relator especial Christos Pourgourides señaló que todo instrumento futuro en materia de desapariciones debía incluir como punto esencial la imposibilidad del uso de amnistías o medidas similares o el uso de privilegios, inmunidades para impedir la persecución penal de las personas responsables de una desaparición forzada⁴¹. A su vez, el Comité de Derechos Civiles y Políticos emitió un comentario afirmando que las amnistías eran generalmente incompatibles con el deber de los Estados de investigar este tipo de actos, con el deber de garantizar la libertad a no ser sometido a estos actos en su territorio y el deber de garantizar que los mismos no se repitan en el futuro. Además, los individuos no podían ver vulnerado su derecho a un remedio efectivo que incluyera compensación y una rehabilitación lo más completa en la medida de lo posible⁴².

Sin embargo, la Convención Internacional no ha recogido estas recomendaciones al no prohibir expresamente el uso de amnistías para excluir de responsabilidad a los perpetradores de desapariciones forzadas de personas. La Convención Interamericana tampoco lo hacía pero sí la Declaración de 1992 (artículo 18) y el Anteproyecto (artículo 17). En los debates del proyecto de Convención, las delegaciones italiana y cubana lamentaron la falta

³⁹ Interamerican Commission on Human Rights, Report N° 28/92, CASES 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 and 10.311, Argentina, October 2, 1992, para. 41 y parte resolutive del informe. Similares argumentaciones fueron señaladas en informes posteriores, por ejemplo el N° 29/92 sobre Uruguay.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.—causa N° 17.768—, 14 de junio de 2005, página 37.

⁴¹ Council of Europe Parliamentary Assembly, Doc. 10679, Enforced Disappearances, 19 September 2005. Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Christos Pourgourides.

⁴² General Comment by CCPR 20 [44], disponible en http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Gen_Com.nsf/3b4ae2c98fe8b54dc12568870055fbbd/abc751d75e39c69ec125688700532c2e?OpenDocument

de inclusión de una disposición en este sentido mientras que la de Canadá declaró que las circunstancias atenuantes reconocidas en el artículo 7 de la Convención no podían interpretarse de manera tal que equivalieran de hecho a una amnistía o permitieran la impunidad de los responsables de la desaparición forzada, quienes deben ser castigados de manera adecuada, teniendo en cuenta la gravedad del delito⁴³.

Ahora bien, es necesario aquí hacer una salvedad. Es cierto que la Convención Internacional no contiene una disposición expresa prohibiendo el uso de amnistías o de medidas análogas de exoneración de responsabilidad. Pero, no es menos cierto que afirma que la práctica generalizada y sistemática de desapariciones forzadas constituye un crimen de lesa humanidad y entraña las consecuencias previstas en el derecho internacional aplicable. Una de esas consecuencias es, en nuestra opinión, la falta de validez internacional de las amnistías cuando se trata de graves crímenes que afectan a la conciencia de la humanidad. Por lo tanto, podríamos afirmar que la Convención prohibiría implícitamente del uso de amnistías en estos casos.

Sin embargo, consideramos que hubiera sido positivo insertar una prohibición expresa de las amnistías porque habría consolidado el principio de que este tipo de medidas o similares no pueden aplicarse cuando se han cometido crímenes internacionales. Esta interpretación ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos vs. Perú*⁴⁴ y también el Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso *Morris Kalon y Brima Bazzy Kamara*⁴⁵. Según esta interpretación, el uso de este tipo de medidas para exonerar de responsabilidad a los criminales a nivel nacional no tendría efectos en los tribunales de un tercer Estado⁴⁶. Es decir, no serían oponibles frente a los tribunales de otros Estados. En el mismo sentido se había expresado el Grupo de Trabajo en un comentario general sobre el artículo 18 de la Declaración de 1992 y en un informe del año 2005 en el que ha señalado que era necesario erradicar la cultura de la impunidad de la que disfrutaban los perpetradores de desapariciones forzadas o involuntarias. Por ello era imprescindible “*el procesamiento de todas las personas acusadas de haber cometido actos de desaparición forzada con garantías de que se efectúe ante tribunales civiles competentes y procurando que no se acojan a ninguna ley especial de amnistía o medidas*

⁴³ Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2006/57, 2 de febrero de 2006, para. 112.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs Perú, 14 de marzo de 2001, paras. 41 y 43.

⁴⁵ Special Court for Sierra Leone, Prosecutor against Morris Kalon, Brima Bazzy Kamara, Case No. SCSL-04-15-PT-060, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (Appeals Chamber), 13 March 2004, para. 82.

⁴⁶ Open Letter: International law and Judge Garzón, The Guardian, 31 May 2010. Signatories: Prof. Laurence Boisson de Chazournes, Prof. James Crawford, Prof. Pierre-Marie Dupuy, Prof. Marcelo Kohen, Prof. Ken Macdonald, Paul Reichler, Prof. Philippe Sands, Prof. Gerry Simpson, Ambassador Alberto Szekely.

análogas que puedan eximir las de acciones o sanciones penales".⁴⁷ En el mismo sentido, el Profesor REMIRO BROTONS ha afirmado que no cabe reconocer efectos extraterritoriales a las leyes de amnistía y punto final cuando se trata de crímenes internacionales y que en el caso *Furundzija* el Tribunal para la ex Yugoslavia ya había considerado que un Estado que amnistiaba a los responsables de torturas comprometía su responsabilidad internacional y generaba la obligación de terceros Estados a no reconocerla⁴⁸.

8. El establecimiento de una jurisdicción cuasi universal

El Anteproyecto de 1998 señalaba que los tribunales nacionales se comprometerían a establecer su competencia sobre el crimen contra la humanidad de desaparición forzada sin necesidad de ningún punto de conexión adicional. Es decir, sin tener en cuenta la nacionalidad del perpetrador, de la víctima o del lugar en donde se había producido el crimen. En su informe sobre el estado de la legislación internacional en materia de desapariciones, Manfred Nowak había sostenido, a su vez, que el establecimiento de una jurisdicción universal claramente delimitada, junto con penas apropiadas para los responsables constituiría la medida más efectiva de prevención de las desapariciones forzadas.

De los *travaux préparatoires* de la Convención Internacional se extrae que no fue posible establecer un amplio principio de jurisdicción universal en la Convención tal y como había sido propuesto en el Anteproyecto de 1998. Sin embargo, los Estados asumieron a través del artículo 9 una obligación menos pretenciosa, pero destacable, al obligarse a establecer su competencia cuando el presunto autor de una desaparición se encuentre en su territorio, independientemente de su nacionalidad o de la víctima, así como del lugar donde se haya cometido el crimen, a no ser que lo extradite o lo entregue a otro Estado en cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Por lo tanto, si el Estado no entrega o extradita asume la obligación de someter el caso a las autoridades nacionales competentes (artículo 11). La Convención señala que a los efectos de la extradición, la desaparición forzada no será considerada como delito político (artículo 13) ni tampoco se extraditará o entregará a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas de que será sometido a una desaparición forzada (artículo 16).

Resulta pertinente señalar que el artículo 9 de la Convención contra las desapariciones forzadas ha sido redactado en casi los mismos términos que el artículo 5 de la Convención contra la Tortura y se convierte en el segundo tratado de derechos humanos que incorpora

⁴⁷ Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, E/CN4/2005/65, 23 de diciembre de 2004, paras. 375 y 377. El subrayado es nuestro.

⁴⁸ REMIRO BROTONS, A., "Crímenes internacionales, jueces estatales", *Política Exterior*, n° 134, marzo-abril 2010, pp. 59-68, página 61. Sobre el caso *Furundzija* véase la sentencia *Prosecutor v. Furundzija*, Judgment, Case No. IT-95-17/1-T 10 (Trial Chamber 10 December 1998), párrafos 155 y ss.

el principio de jurisdicción universal con la sola condición de la presencia del presunto responsable en su territorio⁴⁹. El primero había sido la Convención contra la Tortura.

9. Las jurisdicciones militares

La Convención Internacional no excluye el uso de la jurisdicción militar para juzgar a los responsables de desapariciones forzadas. Sorprende porque tanto el artículo 13 de la Declaración de 1992, el artículo IX de la Convención Interamericana y el artículo 10 del Anteproyecto sí lo hacían al prohibir el uso de toda jurisdicción especial y en particular la militar.

En efecto, el artículo 9 (3) no excluye ningún tipo de jurisdicción penal adicional ejercida de conformidad con las leyes nacionales. Este punto ha sido criticado, porque la disposición deja abierta la posibilidad para que se aplique la jurisdicción militar, que ha sido fuertemente contestada por no ser lo suficientemente imparcial e independiente⁵⁰. Una de las delegaciones que apoyó vivamente la inclusión de este artículo fue la de los Estados Unidos que durante las negociaciones afirmó que la inclusión de una prohibición de jurisdicciones militares se encontraría con la oposición de su delegación⁵¹. Otras delegaciones como la de México, señalaron que puesto que sus Constituciones nacionales permitían el uso de este tipo de jurisdicciones, era imposible para ellas apoyar una disposición en este sentido.

10. La prohibición expresa de detenciones en secreto y la obligación de detención en centros oficiales

Por primera vez se reconoce expresamente en un instrumento internacional jurídicamente vinculante el derecho a no ser detenido en secreto (artículo 17). Este artículo establece también otras obligaciones relacionadas, que ya habían sido recogidas en la Declaración de 1992, la Convención Interamericana y el Anteproyecto. Una de ellas es la obligación de garantizar que las personas detenidas lo sean en centros oficialmente reconocidos y controlados. Otra es la obligación de los Estados de contar con un registro detallado y actualizado de la detención, registro que debe contener al menos: a) La identidad de la

⁴⁹ NOWAK, M. y otros, *The United Nations Convention against Torture: a commentary*, Oxford University Press, 2008, pp. 316 y 317.

⁵⁰ CALVET MARTINEZ, E., "The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances", pp. 496-515, en GOMEZ, F. AND DE FEYTER, K. (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, HumanitarianNet, 2009.

⁵¹ Esta información ha sido extraída de un documento desclasificado en junio de 2009 por la Administración americana y que puede consultarse en el siguiente link: <http://big.assets.huffingtonpost.com/Declassified1.pdf>. También puede consultarse en <http://big.assets.huffingtonpost.com/Declassified2.pdf>

persona privada de libertad; b) El día, la hora y el lugar donde la persona fue privada de libertad y la autoridad que procedió a la privación de libertad; c) La autoridad que decidió la privación de libertad y los motivos de ésta; d) La autoridad que controla la privación de libertad; e) El lugar de privación de libertad, el día y la hora de admisión en el mismo y la autoridad responsable de dicho lugar; f) Los elementos relativos a la integridad física de la persona privada de libertad; g) En caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos de la persona fallecida; h) El día y la hora de la liberación o del traslado a otro lugar de detención, el destino y la autoridad encargada del traslado⁵².

Se trata de disposiciones fundamentales en la lucha contra las desapariciones forzadas porque están dirigidas a eliminar el secretismo y la impunidad que rodea al fenómeno. Sin detención en secreto y con registros reales, detallados y fiables no debería haber lugar a dudas sobre el estado del detenido, los motivos y las autoridades que autorizaron la detención.

11. La calificación de víctima

Una de las innovaciones más destacadas de la Convención Internacional es el artículo 24 que ha adoptado una definición amplia del concepto de víctima. Luego de señalar que entiende por víctima a la persona desaparecida propiamente dicha, agrega también a toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

Esta ampliación del concepto de víctima es el reflejo de una construcción jurisprudencial de los tribunales internacionales de derechos humanos que han venido reconociendo con cierta regularidad que los familiares de las personas desaparecidas viven en un estado de desesperación y angustia al no saber la suerte de su familiar. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Blake* declaró por primera vez que los familiares de la persona desaparecida eran en sí mismos víctimas de tratos inhumanos⁵³. En el mismo sentido se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos *Kurt*⁵⁴, *Cakici*⁵⁵, *Tas*⁵⁶, por ejemplo) aunque ha advertido que los familiares de las personas desaparecidas no se

⁵² Artículo 17, apartado 3 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 2006.

⁵³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Blake vs Guatemala*, 24 de enero de 1998, paras. 114 y ss..

⁵⁴ European Court of Human Rights, *Kurt against Turkey*, Judgement, 25 May 1998, paras. 133 y 134.

⁵⁵ European Commission of Human Rights, *Izzet Çakici against Turkey*, Report of the Commission, 12 March 1998, paras. 98 y 99.

⁵⁶ European Commission of Human Rights, *Besir Tas against Turkey*, Report of the Commission, September 1999, paras. 217 y ss..

convertían automáticamente en víctimas, que no podía extraerse un principio general en este sentido y que había que atender siempre a las circunstancias del caso.

La tendencia a la adopción de un concepto amplio de víctima no es exclusiva de los tribunales internacionales. Ya, en el año 1983 el Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el caso *Quinteros Almeida c/ Uruguay* había desarrollado esta idea. En aquella ocasión, el Comité había señalado que la madre de la persona desaparecida, al haber sufrido angustia por la incertidumbre sobre la suerte de su hija, era también víctima de violación del artículo 7 del Pacto que establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁵⁷. En sentido similar se ha expresado recientemente la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por medio de su resolución 1463 y su recomendación 1719, ambas del año 2005, al afirmar que el nuevo instrumento internacional, que en ese momento estaba siendo discutido en las Naciones Unidas, debía reconocer a los familiares de la persona desaparecida como víctimas independientes y con derecho a la verdad sobre lo sucedido⁵⁸.

12. El derecho a la verdad

En su informe sobre el marco legal existente, el experto Manfred Nowak recomendaba que todo instrumento jurídico vinculante en la materia debía definir precisamente el concepto y las consecuencias jurídicas del derecho de los familiares a conocer la verdad de lo acontecido a sus seres queridos⁵⁹. La cuestión fue debatida en el Grupo intersesional y concluyó con la inclusión en el último párrafo del preámbulo y en el artículo 24 del derecho a conocer la verdad. Así, el artículo 24 quedó redactado de la siguiente manera: “*Toda víctima tiene el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición, la evolución y resultados de la investigación así como la suerte de la persona desaparecida*”.

Hasta la aprobación de esta disposición, sólo el artículo 32 del Protocolo adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949 reconocía un derecho semejante a las familias de conocer la suerte de sus miembros. Pero esta disposición se encontraba con una limitación: se aplicaba exclusivamente en un contexto de conflicto armado internacional respecto de

⁵⁷ María del Carmen Almeida de Quinteros et al. v. Uruguay, Communication No. 107/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, para. 138 (1990).

⁵⁸ Council of Europe, Parliamentary Assembly Resolution 1463, Enforced Disappearances, 3 October 2005.

⁵⁹ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente MANFRED NOWAK, 8 de enero de 2002, Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2002/71, página 48.

los nacionales de la otra parte⁶⁰. Por lo tanto, la adopción de este artículo es importante por tres motivos esenciales: en primer lugar, porque se aplica a situaciones que van más allá de aquellas contempladas por el derecho internacional humanitario. En segundo lugar, porque el derecho a conocer la verdad se extiende no sólo a los familiares, como señala el artículo 32 del Protocolo adicional sino a cada víctima, ampliándose así el espectro de personas protegidas. Si bien es cierto que la Convención recoge expresamente este derecho, la Declaración de 1992 ya trataba implícitamente la cuestión en los artículos 13 (4) y 9 (1) al reconocer el derecho de los interesados a tener acceso a los resultados de una investigación y disponer de recursos judiciales rápidos y efectivos⁶¹. Asimismo, tanto el Consejo de Europa⁶² como la Unión Europea⁶³ habían reconocido el derecho de los familiares a conocer la verdad acerca de la suerte de los desaparecidos. En tercer lugar, el artículo 24 es importante porque, como sostiene MC CRORY, es más amplio puesto que no limita el derecho a conocer la verdad a la sola determinación de la suerte de su familiar, sino también a las circunstancias de la desaparición⁶⁴ y de las investigaciones. En opinión de la Comisión de Derechos Humanos se trataría además de un derecho que no se puede suspender ni puede estar sujeto a restricciones⁶⁵.

El Grupo de Trabajo, en un Comentario General sobre el derecho a conocer la verdad señaló que este derecho tiene como objetivo conocer los progresos y resultados de una investigación, la suerte de la persona desaparecida, las circunstancias de la desaparición, la motivación y la identidad de los perpetradores. Sin embargo, no debe confundirse con el derecho a la información, en particular el derecho de los familiares o de cualquier persona con un interés legítimo de obtener información acerca de una persona que ha sido privada de su libertad. Para el Grupo, el derecho de información y el *habeas corpus* deben ser consideradas herramientas centrales en la prevención de las desapariciones forzadas⁶⁶.

⁶⁰ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977. Sin embargo, el CICR ha señalado que el derecho a conocer la verdad sobre la suerte de las personas desaparecidas se aplica también a los conflictos armados internos. HENCKAERTS J.M. AND DOSWALD-BECK L., *Customary International Humanitarian Law*, Volume I, Rules, Cambridge Press University, 2005, página 421.

⁶¹ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, 9 de enero de 2006, doc. E/CN4./2006/91, para. 10. Así lo ha afirmado también el Grupo de Trabajo en su Comentario general sobre artículo 18 de la Declaración, Informe del GTDFI del 2005 (E/CN.4/2006/56).

⁶² Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation 1056 (1987) on national refugees and missing persons in Cyprus.

⁶³ European Parliament resolution on missing persons in Cyprus, 11 January 1983.

⁶⁴ MC CRORY, S., "The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance", *Human Rights Law Review* 7:3, 2007, pp. 545-566, pp. 557 y 558.

⁶⁵ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, 9 de enero de 2006, doc. E/CN4./2006/91, para. 60.

⁶⁶ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances, disponible en http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-right_to_the_truth.pdf

En opinión de la Comisión de Derechos Humanos, el derecho a la verdad tiene además un aspecto social porque la sociedad tiene el derecho a conocer la verdad sobre los acontecimientos ocurridos en el pasado, las circunstancias y los motivos, a fin de evitar que se repitan en el futuro⁶⁷. La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad ha sido incluida en los Principios y directrices⁶⁸ en materia de reparación frente a violaciones graves de derechos humanos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas como parte de la reparación.

13. La reparación

En su informe de 2005 sobre desapariciones forzadas presentado ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Sr. Pourgourides recomendó que todo instrumento futuro debía contener una definición precisa del derecho a la reparación que incluyera la restitución (es decir, la liberación inmediata del desaparecido si sigue con vida, la exhumación e identificación del cuerpo y la entrega de los restos mortales), la satisfacción (disculpas de las autoridades, garantías de no repetición, el esclarecimiento de los hechos y una investigación profunda y juzgamiento de los responsables), y la compensación por los daños materiales y por el daño psicológico sufrido tanto por el desaparecido como por sus familiares⁶⁹.

En este sentido, el artículo 24 de la Convención Internacional declara que la víctima de una desaparición debe tener derecho a una reparación que incluya los daños materiales y morales y a una indemnización rápida, justa y adecuada. En consonancia con el proyecto sobre responsabilidad de los Estados, la Convención señala que la reparación comprende la restitución, la readaptación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Una definición de lo que comprende cada forma de reparación la encontramos en los Principios y directrices⁷⁰ en materia de reparación frente a violaciones graves de derechos humanos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, según los cuales una reparación plena debería incluir:

⁶⁷ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, 9 de enero de 2006, doc. E/CN.4./2006/91, paras. 58 y 59.

⁶⁸ Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006.

⁶⁹ Council of Europe Parliamentary Assembly, Doc. 10679, Enforced Disappearances, 19 September 2005. Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Christos Pourgourides.

⁷⁰ Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006.

- 1) La *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.
- 2) La *indemnización* ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:
 - a) El daño físico o mental;
 - b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
 - c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
 - d) Los perjuicios morales;
 - e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.
- 3) La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.
- 4) La *satisfacción* que deberá incluir, entre otras, medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos y la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad.
- 5) Las garantías de no repetición, que incluyen por ejemplo el fortalecimiento de la independencia del poder judicial y el control efectivo por las autoridades civiles sobre la militares.

En opinión de DE FROUVILLE, la redacción del artículo 24 contiene las disposiciones esenciales en materia de reparación porque reconoce un derecho que cubre los daños materiales y morales y se trata de un derecho que debe ser reconocido de forma rápida y adecuada. A su vez, puede tomar diferentes formas, mencionadas explícitamente y que deja un margen a los Estados para determinar cuál es la medida adecuada para el caso particular⁷¹.

⁷¹ DE FROUVILLE, O., “La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d’une négociation exemplaire”, *Droits Fondamentaux*, nº6, janvier-décembre 2006, pp. 1-92, página 86.

14. El mecanismo de control: el Comité contra la desaparición forzada de personas

La segunda parte de la Convención Internacional está dedicada al establecimiento del mecanismo de control: el Comité contra la desaparición forzada de personas. El artículo 26 señala que el Comité estará integrado por diez expertos de reconocida competencia en materia de derechos humanos, y que es el encargado de la aplicación de la Convención, de recibir y examinar las peticiones presentadas por los allegados de una persona desaparecida, y de recibir y examinar las comunicaciones de personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado parte.

El artículo 30 de la Convención enumera las funciones del Comité que podrá recibir peticiones presentadas por los allegados de la persona desaparecida, sus representantes legales o por quien tenga un interés legítimo a fin de que se busque y localice a la persona desaparecida. También podrá llevar adelante visitas *in situ*. Recibida la petición por aquellos legitimados activos, el Comité solicitará al Estado Parte que proporcione información sobre la persona desaparecida. Con esa información, el Comité podrá hacer recomendaciones al Estado y solicitar la adopción de todas las medidas necesarias, incluidas medidas cautelares, para localizar y proteger a la persona. Luego, el Comité notificará a los peticionantes acerca de las informaciones transmitidas por el Estado Parte⁷². Si el Comité decide poner término al procedimiento, comunicará el dictamen a ambas partes. Por otra parte, se le ha otorgado al Comité una función de gran calado porque, si recibe información fundada de que en un Estado Parte se están produciendo desapariciones forzadas en forma sistemática o generalizada, podrá llevar la cuestión con carácter de urgente ante la Asamblea General de la ONU para su estudio⁷³.

Para poder recibir las peticiones, el Estado en el que supuestamente se han producido las desapariciones tiene que haber reconocido, por medio de una declaración, la competencia del Comité, tal y como lo establecen los artículos 31 y 32 de la Convención. En caso contrario, el Comité no podrá admitirla. Mientras que el artículo 31 hace referencia a la aceptación por parte del Estado Parte de la competencia del Comité para recibir las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo su jurisdicción y que alegaran que han sido víctimas de violaciones por parte del Estado, el artículo 32 se refiere a la aceptación de la competencia para recibir comunicaciones de Estado a Estado sobre el cumplimiento de sus obligaciones. Hasta la fecha, de los 21 Estados que han ratificado la Convención sólo 7 han reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar estas comunicaciones. Ellos son Albania, Argentina, Chile, Francia, Japón (sólo artículo 31), Mali y Uruguay. En España una ley en este sentido está siendo estudiada por el Congreso.

⁷² Artículo 30, párrafo 3 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 20 de diciembre de 2006.

⁷³ Artículo 34 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 20 de diciembre de 2006.

Finalmente, el artículo 35 señala que el Comité sólo se ocupará de las desapariciones que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Convención. Esto es importante porque deja en claro que los casos de desapariciones que se hayan producido o comenzado antes de la entrada en vigor pero que en la actualidad siguen perpetrándose porque no se sabe aún la suerte o el paradero de la persona desaparecida no serán atendidos por el Comité.

A diferencia del Grupo de Trabajo creado en 1981 y que tiene un mandato específicamente humanitario, el Comité sólo actuará sobre aquellos casos que se hayan producido en el territorio de un Estado Parte y siempre que haya aceptado su competencia. En este sentido el Grupo de Trabajo tiene un alcance más amplio porque atiende aquellos casos de desapariciones independientemente de la ratificación de ningún tratado. Así, la familia de la persona desaparecida, si el Estado no ha aceptado la competencia del Comité, podría recurrir al mecanismo del Grupo de Trabajo para determinar la suerte de su ser querido.

V. CONCLUSIONES

La adopción de la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas ha sido, sin lugar a dudas, un desarrollo positivo del derecho internacional de los derechos humanos y en la lucha contra la impunidad de este fenómeno. Como hemos visto, se trata del primer instrumento jurídicamente vinculante de alcance universal en la materia y, en líneas generales, ha recogido los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales más progresistas que la comunidad internacional venía reclamando desde hace tiempo. Por lo tanto, desde un punto de vista teórico estamos en presencia de un instrumento internacional que posee las herramientas adecuadas para hacer frente al fenómeno desapariciones forzadas. La creación fundamental del derecho a no ser sometido a una desaparición forzada, la necesaria ampliación del concepto de víctima o el reconocimiento del derecho a la verdad no son más que algunos ejemplos –muy importantes por cierto– de este gran paso hacia una mayor protección internacional.

Así, el balance del texto de la Convención Internacional debe ser positivo porque ha colmado el vacío legal en la materia, atacado los cimientos mismos de la figura y enviado un mensaje contundente sobre su prohibición. Sin embargo, si deseamos que la prohibición de las desapariciones forzadas sea realmente universal y alcance el mismo nivel que ha adquirido, por ejemplo, la prohibición de la tortura, es imprescindible que los Estados afirmen su voluntad política en ese sentido, a través no sólo de la firma y ratificación del tratado sino también asumiendo y cumpliendo las obligaciones que de él se derivan. Sólo así podremos poner un freno a este fenómeno actual y construir un mundo más respetuoso de los derechos y libertades fundamentales.