

COLECCIÓN DE BIOÉTICA

Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica

Del convenio de la ONU
a las búsquedas a través del ADN

María Casado
Juan José López Ortega (coords.)



Organització
de les Nacions Unides
per a l'Educació,
la Ciència i la Cultura



Càtedra UNESCO de Bioètica
de la Universitat de Barcelona



Observatori de
Bioètica i Dret



**Desapariciones
forzadas de niños
en Europa
y Latinoamérica**

Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica

Del convenio de la ONU
a las búsquedas a través del ADN

María Casado
Juan José López Ortega (coords.)

© Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona
Adolf Florensa, s/n
08028 Barcelona
Tel.: 934 035 430
Fax: 934 035 531
comercial.edicions@ub.edu
www.publicacions.ub.edu

ISBN

978-84-475-4208-6



Este libro se ha publicado en el marco del proyecto de investigación «ADNBIOLAW: Aspectos éticos, jurídicos y sociales implicados en la obtención, el uso y el almacenamiento de las muestras de ADN y otras técnicas biométricas de identificación» (DER2011-23303).

Este documento está sujeto a la licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas de Creative Commons, cuyo texto está disponible en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.



Índice

Presentación, por María Casado y Juan José López Ortega	9
---	---

PARTE I

EL ADN COMO INSTRUMENTO DE BÚSQUEDAS FAMILIARES

GEMMA MARFANY, El ADN como trazador del parentesco genético. Su uso en la búsqueda e identificación de desaparecidos.....	15
ANTONIO ALONSO, PABLO MARTÍN, MARÍA CARMEN GONZÁLEZ-ALBO, BEATRIZ HEINRICH, LOURDES FERNÁNDEZ DE SIMÓN, INMACULADA ATIENZA, GLORIA VALLEJO, La prueba del ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. La experiencia del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.....	29

PARTE II

LA PROTECCIÓN CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL MARCO DE LA ONU

EMMANUEL DECAUX, La Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas. Un tratado para el siglo XXI	41
OLIVIER DE FROUVILLE, La experiencia del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas en la lucha contra las desapariciones forzadas, con una mirada particular sobre la cuestión de los niños implicados	55
KIMIO YAKUSHIJI, Responsabilidad de los Estados por la conducta de actores no estatales causantes de desapariciones forzadas	87
JANINA SUELA, La especial protección de la infancia bajo la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.....	117

PARTE III

LA SITUACIÓN EN EL CONO SUR Y CENTROAMÉRICA

ÁLVARO GARCÉ GARCÍA Y SANTOS, Los niños y el Cóndor.....	137
LUCIANO A. HAZAN, La desaparición forzada de niños en Argentina a través de la sustitución de su identidad.....	153
PATRICIA EUGENIA GRANADOS DE FRÖHLICH, El Salvador, una deuda pendiente con sus niños.....	171
GABRIELLA CITRONI, Las desapariciones forzadas de niños en Centroamérica.....	189
SANTIAGO CORCUERA CABEZUT, Desaparición forzada y trata de niñas. Visión jurídica desde Mesoamérica.....	215
ELISENDA CALVET MARTÍNEZ, La desaparición forzada de menores en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	229

PARTE IV

LAS DIFERENTES DESAPARICIONES FORZADAS DE NIÑOS EN EUROPA

RAINER HUHLE, Noche y niebla. Mito y significado.....	251
LORENA ÁLVAREZ TABOADA, Las denuncias en los casos de los «niños robados». Perspectiva histórico-legal.....	279
CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA, Los derechos humanos y los crímenes de la Guerra Civil: especial referencia a los niños desaparecidos.....	299
JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA, Las desapariciones forzadas en España a la luz de la Convención de las Naciones Unidas.....	319
JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ, Las desapariciones forzadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	341
Nota sobre los autores.....	361

Presentación

El robo de bebés y las desapariciones de niños constituyen un problema que en los últimos años ha alcanzado un impacto considerable en la opinión pública de nuestro país al conocerse que un importante número de recién nacidos fueron sustraídos a sus padres y objeto de adopciones irregulares. El libro que tienen en sus manos trata la cuestión partiendo de la perspectiva más amplia de la desaparición forzada de personas, en cuya búsqueda la investigación genética tiene una importancia singular.

En el trasfondo se plantea un problema bioético de gran magnitud: el acceso a los orígenes, tema que ha preocupado de forma insistente a la sociedad en las últimas décadas. Principalmente, como consecuencia de los avances en identificación por ADN y de su repercusión en la indagación de la filiación biológica y, también, por la incidencia creciente de la discusión sobre el anonimato en la donación de material genético. La pregunta sobre los orígenes atañe a la filiación, en su doble dimensión biológica y social, y se presenta en casos muy diferentes que abarcan desde la adopción y el nacimiento por técnicas de reproducción humana asistida, hasta el abandono, la desaparición forzada de niños y el robo de bebés. En todos estos supuestos, tan distintos, existe como elemento común la cuestión del origen, que es parte de las preguntas esenciales que los niños y adolescentes se plantean a lo largo de su desarrollo psíquico, con el descubrimiento de su identidad y su progreso hacia la autosuficiencia, a la vez que toma conciencia de la relación familiar en que está inserto. El robo de bebés y la desaparición forzada de niños plantean, pues, interrogantes en lo que atañe a los derechos del niño a conocer sus orígenes biológicos, pero a ello se añade la cuestión de que el problema surge de la comisión de un delito de gravedad manifiesta.

Hasta hace bien poco tiempo los académicos —y en general la mayor parte de los operadores jurídicos— miraban con desconfianza las posibilidades de la utilización del ADN en los procedimientos judiciales. Hoy, sin embargo, es un instrumento indispensable en la investigación de ciertos delitos y en la búsqueda de las personas desaparecidas. El recurso a las tecnologías de ADN se ha convertido en algo tan común y rutinario que han surgido nuevas necesidades de regulación, de instrumentos de control y, sobre todo, de una educación de-

mocrática esmerada para el manejo de unas herramientas tan poderosas y al tiempo tan peligrosas para la intimidad de los ciudadanos.

En España existe una abundante normativa al respecto y disponemos, además, de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, varios de cuyos miembros participan en este libro, para el que también ha sido posible contar con la colaboración de la mayor parte de los miembros del Comité contra la Desaparición Forzada de Personas de las Naciones Unidas —y también del Grupo de Trabajo—, así como de destacados profesores de diversas universidades de España y de fuera de España. Sus aportaciones analizan las cuestiones en sus vertientes estrictamente jurídicas, pero también en las filosófico-políticas y bioéticas, pues si nuestra comunidad quiere ser responsable, plural y democrática, ante una situación tan compleja y que afecta a tantas personas, está obligada a tomar medidas y a que sus propuestas sean compatibles con las distintas concepciones existentes en su seno. Por ello, es necesario que se busquen criterios válidos para tratar de resolver los conflictos y que se propongan medidas eficaces que, a la vez, sean respetuosas con los derechos fundamentales de todos los sujetos implicados.

Los trabajos que aquí presentamos se sitúan en el marco de una reflexión jurídica plural e interdisciplinar, la misma que desde su constitución han venido desarrollando el Observatorio de Bioética y Derecho y la Cátedra Unesco de Bioética de la Universidad de Barcelona. Su origen más inmediato se encuentra en las investigaciones desarrolladas en el proyecto de investigación DER2011-3303, *Aspectos éticos, jurídicos y sociales implicados en la obtención, el uso y el almacenamiento de las muestras de ADN y otras técnicas biométricas de identificación*, del que es investigadora principal la profesora María Casado, co-coordinadora de esta publicación.

El libro se estructura en cuatro secciones o partes. La primera de ellas, «El ADN como instrumento de búsquedas familiares», suministra los fundamentos de conocimiento científico sobre el uso, el análisis y las bases de ADN como instrumento de búsqueda de desaparecidos para, a partir de ahí, poder estudiar con conocimiento de causa las cuestiones ético-jurídicas implicadas. La segunda, «La protección contra la desaparición forzada en el marco de la ONU», analiza la protección contra las desapariciones forzadas que proporciona el Convenio de las Naciones Unidas y el Grupo de Trabajo. La tercera se refiere a «La situación en el Cono Sur y Centroamérica», y la cuarta y última sección se dedica a «Las diferentes desapariciones forzadas de niños en Europa», con especial énfasis en el caso de España.

Dentro de este esquema, tras esta presentación a cargo de los dos coordinadores de la obra, abren el libro los trabajos «El ADN como trazador del paren-

tesco genético», de Gemma Marfany, y «La prueba del ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. La experiencia del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses», de Antonio Alonso y otros autores, que sientan las bases del estado de la ciencia al respecto.

A continuación, en el apartado sobre tratamiento internacional de las desapariciones forzadas, Emmanuel Decaux escribe sobre «La Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas. Un tratado para el siglo XXI». Olivier de Frouville nos ilustra acerca de «La experiencia del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas en la lucha contra las desapariciones forzadas, con una mirada particular sobre la cuestión de los niños implicados», Kimio Yakushiji analiza la «Responsabilidad de los Estados por la conducta de actores no estatales causantes de desapariciones forzadas», y finaliza la sección con el estudio de Janina Suela «La especial protección de la infancia bajo la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas».

Seguidamente, en lo que se refiere a las desapariciones forzadas de niños y niñas en el Cono Sur y Centroamérica, encabeza la sección el capítulo de Álvaro Garcé García y Santos «Los niños y el Cóndor», seguido de «La desaparición forzada de niños en Argentina a través de la sustitución de su identidad», a cargo de Luciano A. Hazan; «El Salvador, una deuda pendiente con sus niños», de Patricia Eugenia Granados de Fröhlich; «Las desapariciones forzadas de niños en Centroamérica», de Gabriella Citroni, y «Desaparición forzada y trata de niñas. Visión jurídica desde Mesoamérica», de Santiago Corcuera Cabezut. Cierra este capítulo una aproximación a «La desaparición forzada de menores en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», que escribe Elisenda Calvet Martínez.

Posteriormente, en el ámbito europeo, se reflexiona sobre las desapariciones forzadas en Alemania en «Noche y niebla. Mito y significado», a cargo de Rainer Huhle, y se profundiza sobre las diversas especificidades de lo acaecido en España comenzando con «Las denuncias en los casos de los “niños robados”. Perspectiva histórico-legal», tema que desarrolla Lorena Álvarez Taboada. A continuación Carlos R. Fernández Liesa se ocupa de «Los derechos humanos y los crímenes de la Guerra Civil: especial referencia a los niños desaparecidos», y Juan José López Ortega enfoca «Las desapariciones forzadas en España a la luz de la Convención de las Naciones Unidas». Esta sección concluye con el estudio de Javier Chinchón Álvarez «Las desapariciones forzadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Cierra el libro una nota que da cuenta de la elevada competencia de los autores en la materia; hemos de destacar que entre ellos se cuentan ocho miem-

bros del Comité contra la Desaparición Forzada (CDF) y cuatro miembros de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN (CNUFADN).

Finalmente, como coordinadores de la obra, nos corresponde concluir esta presentación haciendo público nuestro agradecimiento a los autores, por el interés de sus aportaciones, por la buena disposición evidenciada en el largo tiempo de gestación de la misma, así como por su generoso y diligente esfuerzo, especialmente por su celeridad en cumplir con nuestras peticiones y por su flexibilidad en aceptar sugerencias y retrasos, así como a los traductores por su diligencia y por poner sus conocimientos filosófico-jurídicos al servicio de la versión española de los diversos textos. También nos gustaría transmitir lo grato que ha sido para nosotros llevar a cabo la coordinación, que estuvo precedida por los años de trabajo conjunto en la CNUFADN y que ha supuesto la consolidación de una colaboración que esperamos continúe y siga dando frutos.

Barcelona, 14 de julio de 2014

MARÍA CASADO
JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA

PARTE I
**EL ADN COMO INSTRUMENTO
DE BÚSQUEDAS FAMILIARES**

El ADN como trazador del parentesco genético. Su uso en la búsqueda e identificación de desaparecidos

Gemma Marfany

Andrew Sarbah, un adolescente de trece años, aterrizó en 1983 en Gran Bretaña tras una larga estancia con su padre en Ghana. Iba a reunirse con su madre, Christiana Sarbah, y sus tres hermanos, David, Joyce y Diana. Fue retenido a su entrada con la acusación de que aquel era un caso de inmigración ilegal y que, en realidad, Andrew no era hijo de Christiana sino, seguramente, su sobrino. Aunque los asistentes sociales abogaron en su favor y presentaron fotografías y testimonios orales, tras dos años de vistas el caso hubiera sido desestimado y Andrew deportado de nuevo a Ghana si no fuera porque el Dr. Alec Jeffreys acababa de desarrollar una prueba de perfil genético o *DNA fingerprinting* en su laboratorio de la Universidad de Leicester. Tras recabar la contribución del Dr. Jeffreys, partiendo de las muestras de la madre y tres hermanos y comparándolas con la muestra de Andrew, se utilizó la prueba de ADN en un juicio para demostrar racionalmente que Andrew era hijo, y no sobrino, de Christiana con una probabilidad estadística muy elevada.¹ Así pues, antes que en casos criminales, el primer juicio donde la prueba genética de ADN fue resolutoria fue un caso de parentesco genético, en 1985, y apenas unos meses después de que la técnica y los marcadores genéticos hipervariables se hubieran descubierto y publicado.² Durante los siguientes años, el laboratorio del Dr. Jeffreys se vio inundado de requerimientos periciales para contribuir a solventar casos a través de análisis genéticos forenses³ y, prontamente, la tecnología y la información genética utilizada por su laboratorio fue adoptada y mejorada por instituciones policiales de otros países.⁴

¹ A. J. JEFFREYS, J. F. Y. BROOKFIELD y R. SEMEONOFF (1985). «Positive identification of an immigration test-case using DNA fingerprints». *Nature*, núm. 317, págs. 818-819.

² A. J. JEFFREYS, V. WILSON y S. L. THEIN (1985). «Hypervariable “minisatellite” regions in human DNA». *Nature*, núm. 314, págs. 67-73.

³ P. GILL, A. J. JEFFREYS y D. J. WERRETT (1985). «Forensic application of DNA “fingerprints”». *Nature*, núm. 318, págs. 577-579.

⁴ M. A. JOBLING y P. GILL (2004). «Encoded evidence: DNA in forensic analysis». *Nature Reviews Genetics*, núm. 5, págs. 739-745.

La técnica de *DNA fingerprinting* inicialmente desarrollada permitía la detección de 15 a 30 bandas distintas por muestra. El patrón era idéntico para todos los vestigios biológicos obtenidos a partir de un individuo y permitía la identificación individual con un valor estadístico notable, de ahí la denominación de «huella genética», por analogía con la identificación individual que proporciona una huella digital. Actualmente, con la incorporación de nuevos marcadores genéticos, de mayor reproducibilidad de genotipado y estadística más fiable, esta denominación se ha sustituido por la de «perfil genético» (*DNA profiling*, en inglés).⁵ Transcurridos treinta años desde el primer uso de perfil genético para resolver un caso judicial y tras mejoras derivadas de nuevos conocimientos sobre el genoma humano, muchos laboratorios públicos y privados realizan análisis genéticos con objetivos clínicos, criminales, judiciales o de interés personal. Estos laboratorios deben estar acreditados para que su test tenga validez clínica o judicial.^{6, 7}

¿Qué es el ADN?

Nuestro ADN es el manual de instrucciones heredado de nuestros padres, a partir del cual nos hemos desarrollado y nos mantenemos como organismos. El ADN, o ácido desoxirribonucleico, está formado por nucleótidos que se distinguen por tener bases nitrogenadas distintas. Los cuatro nucleótidos del ADN se denominan por su inicial —A, T, C y G—, y secuenciar ADN consiste en averiguar la secuencia lineal de estas bases (o «letras»). En las regiones codificadoras de proteínas, los nucleótidos se leen en combinación no solapada de tres en tres. Cada triplete codifica un aminoácido, y la correspondencia entre tripletes y aminoácidos constituye el código genético, compartido por todos los organismos vivos. Cada instrucción concreta codificada en el ADN es un gen, y el conjunto de todos nuestros genes —es decir, toda nuestra secuencia de ADN— constituye nuestro genoma, que también denominamos genotipo.⁸

El genoma debe ser leído e interpretado cuando y donde corresponde, integrando y respondiendo a todas aquellas señales internas y externas —es decir, el ambiente: condiciones intrauterinas, alimentación, educación, higiene, depor-

⁵ www.nifs.com.au/F_S_A/FSA_frame.html?DNA_Profiling.asp&t1.

⁶ www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/qas_testlabs.

⁷ C. SMITH, S. STRAUSS y L. DEFRANCESCO (2012). «DNA goes to court». *Nature Biotechnology*, núm. 30, págs. 1047-1053.

⁸ <http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/>.

te, estrés, enfermedades, etc.— que pueden modificar la lectura de los genes favoreciendo su acción o interfiriendo en ella. Además, el ADN puede cambiar su secuencia, lo que denominamos mutar, o incluso adaptarse a nuevas situaciones mediante cambios en su estructura, que reciben el nombre de cambios epigenéticos. Cada uno de nosotros es el resultado de su genoma (genotipo) modulado por el contacto con el ambiente, para dar el conjunto de rasgos que lo caracterizan (fenotipo). Esto hace que incluso los gemelos monocigóticos, a pesar de compartir el mismo genotipo o información genética y aun siendo extremadamente parecidos, tengan un fenotipo con sutiles diferencias.

El proyecto Genoma Humano (desarrollado en los años noventa y publicado al inicio del siglo XXI) propuso cartografiar y secuenciar completamente el genoma humano con el fin de conocer qué nos hace humanos.⁹ La secuenciación de nuevos genomas humanos de distintas etnias ha mostrado que la especie humana en conjunto es muy parecida, pero que también hay diferencias. La mayor parte de los 6.600 millones de bases (letras de nuestro lenguaje genético) que tiene nuestro genoma diploide es idéntico entre todos los humanos; pero, al secuenciar un único individuo y compararlo con el genoma humano de referencia que se encuentra en los bancos de datos, se pueden identificar cambios en nuestro ADN individual (aproximadamente entre 3-4 millones de bases, es decir, un 0,5%).¹⁰ Hoy en día sabemos, además, que nuestro genoma tiene una enorme cantidad de ADN que no parece codificar ningún gen: es el llamado ADN no codificador. Se calcula que solo un 3% de nuestro ADN codifica genes o instrucciones concretas y, probablemente, otro tanto tiene función estructural. Dentro del ADN no codificador encontramos las secuencias repetidas que son más utilizadas hasta el momento en el ámbito forense, los micro- y minisatélites.

El ADN está organizado en cromosomas, cada uno de los cuales es una molécula de ADN independiente. Los humanos tenemos 46 cromosomas que se organizan en parejas, es decir, tenemos 23 pares de cromosomas. Esto es así porque heredamos de cada progenitor un cromosoma de cada par y, por tanto, de cada pareja un cromosoma procede del padre y el otro, de la madre. De los 23 pares de cromosomas, 22 comparten la misma estructura y contienen los mismos genes, provengan del padre o de la madre, pero el último par está formado por los cromosomas sexuales, que son distintos entre sexos. Las mujeres tienen dos cromosomas X, mientras que los varones heredan un cromosoma X

⁹ http://web.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/project/index.shtml.

¹⁰ THE 1000 GENOMES CONSORTIUM (2012). «An integrated map of genetic variation from 1092 human genomes». *Nature*, núm. 491, págs. 56-65.

de su madre y de su padre, el cromosoma Y.¹¹ Así pues, aunque globalmente nuestro ADN es distinto del de nuestros padres, compartimos la mitad de nuestra información genética con cada uno de ellos. De igual forma transmitimos la mitad de nuestra información genética (un cromosoma de cada pareja) a nuestros hijos. Si nos comparamos con nuestros abuelos, compartimos la mitad de la mitad, es decir, aproximadamente un 25% de información genética con cada uno de ellos, y con nuestros bisabuelos, un promedio de 12,5%.¹² Y, así sucesivamente, podemos establecer vínculos de parentesco genético hacia ancestros o progenie, considerando que, aunque nuestra combinación de ADN es única, no lo es la información genética que contiene, la cual procede de nuestros ancestros.¹³

El ADN se encuentra en el núcleo de cada célula de un organismo, por lo que en cualquier muestra biológica que contenga células podemos encontrar restos de ADN (pelos arrancados con la raíz, caspa, saliva, semen, sangre, hueso, orina, sudor, heces, etc.). Existen técnicas muy precisas, seguras y potentes que nos permiten extraer este ADN y amplificarlo aunque esté en cantidades mínimas, de manera que podemos proceder a su análisis y secuenciación. Pero también hay que tener en cuenta que el ADN puede degradarse. La luz ultravioleta (por ejemplo, la que forma parte de la luz solar), el calor excesivo, los ácidos y los álcalis (por ejemplo, la lejía y los detergentes) degradan las uniones bioquímicas de la molécula del ácido nucleico. Una muestra degradada contiene muy poco ADN o nada, y, si hay, este puede ser de muy mala calidad, con lo que es probable que el análisis sea incompleto o no factible.

Por otra parte, también se encuentra ADN fuera del núcleo. Las mitocondrias, orgánulos celulares encargados de la producción de energía, contienen ADN llamado mitocondrial o ADNmt. Aunque este solo mide 15 kb (por lo que representa menos de un 5×10^{-6} de nuestra información genética), ofrece ciertas ventajas que lo hacen interesante en análisis forenses, particularmente los de parentesco genético: 1) existen miles de mitocondrias por célula y, por tanto, miles de copias de ADN por una única copia de ADN nuclear, un punto que resulta relevante cuando las muestras biológicas tienen cierto nivel de degradación, ya que la probabilidad de encontrar ADNmt analizable respecto al ADN nuclear es mucho mayor; 2) las mitocondrias se encuentran en el citoplasma y, dado que cuando se fecunda un cigoto solo entra el núcleo del espermatozoide, todas proceden del óvulo, es decir, de nuestra madre. Volveremos

¹¹ http://learn.genetics.utah.edu/content/extras/molgen/four_types.html.

¹² www.dnainheritance.kahikatea.net/autosomal.html.

¹³ http://learn.genetics.utah.edu/content/extras/molgen/four_types.html.

a este punto cuando hablemos de pruebas forenses para análisis de parentesco genético.

Tipos de marcadores genéticos y su uso en genética forense

Ninguno de nuestros genomas individuales es completamente idéntico al que se encuentra en un banco de datos de ADN, ya que en la secuencia de nuestro ADN hay siempre un pequeño porcentaje de cambios y mutaciones. Cuando una mutación afecta a una región de ADN codificadora, probablemente alterará la secuencia de aminoácidos de una proteína concreta que, como consecuencia, no realizará su función exactamente igual que antes. Estas mutaciones explican que el pigmento de nuestro cabello sea más o menos oscuro, tengamos los ojos azules o una musculatura con mayor capacidad de resistencia, pero también pueden explicar que seamos portadores del gen de la fibrosis quística o tengamos un mayor riesgo de sufrir osteoporosis o diabetes de adulto.

Por otra parte, dado que la mayor parte de nuestro genoma no codifica directamente ninguna instrucción, muchas mutaciones o «cambios» en la secuencia del ADN no se reflejan en el fenotipo del individuo y constituyen polimorfismos (mutaciones neutras) con una frecuencia concreta en la población humana. La mayor parte de la variabilidad genética entre genomas humanos (alrededor del 95-99% de la variabilidad genética humana) se encuentra en estas regiones no codificadoras neutras, que no están sujetas a selección natural a favor o en contra.¹⁴ Dentro de estas secuencias polimórficas se hallan los marcadores genéticos, con distintas secuencias posibles (cada secuencia distinta se denomina alelo) que nos permiten identificar y diferenciar el ADN. Aparte de su estudio como marcador genético en aplicaciones del ámbito sanitario, algunos de estos marcadores polimórficos se usan en el análisis genético forense, tanto en identificación genética como en pruebas de paternidad. Las secuencias utilizadas en el primer juicio en que se utilizó la prueba de ADN, así como las que se utilizan actualmente en genética forense, pertenecen a este grupo de polimorfismos neutros en regiones de ADN no codificador.

Las secuencias de ADN hipervariables inicialmente utilizadas por el Dr. Jeffreys para uso forense están distribuidas en diversos puntos del genoma humano y proporcionaban un patrón complejo de múltiples bandas de difícil interpretación estadística. El descubrimiento de las secuencias mini- y

¹⁴ THE 1000 GENOMES CONSORTIUM (2012), *op. cit.*

microsatélites (secuencias cortas repetidas en tándem, con un perfil de gran variabilidad en la población humana pero de herencia mendeliana simple) simplificó el análisis genético e incrementó la fiabilidad de su interpretación y análisis estadístico, por lo que rápidamente se extendió su uso forense.¹⁵

Actualmente existe un grupo de marcadores específicos recomendados por el FBI (el CODIS, Combined DNA Index System): trece marcadores autosómicos más el gen de la amelogenina (el cual sirve para determinar el sexo de la muestra, ya que permite distinguir los cromosomas X e Y), que han sido adoptados en el área de influencia de los Estados Unidos. De forma similar, en Europa se han creado asociaciones como EDNAP (European DNA Profiling Group) y ENFSI (European Network of Forensic Science Institutes),¹⁶ que promueven el uso de marcadores genéticos específicos, siete de los cuales se comparten con el CODIS, lo que permite comparar perfiles genéticos entre distintos países, aunque ya se está estudiando incluir un mayor número de marcadores para incrementar la fiabilidad estadística. Así pues, actualmente existen bancos de datos policiales en diversos países con millones de perfiles genéticos basados en el análisis de estas secuencias polimórficas repetidas.¹⁷ El manejo y uso de esta gran cantidad de información genética requiere una legislación competente. En este sentido ya se han pronunciado sentencias sobre el derecho a la privacidad genética y la cancelación de perfiles genéticos en bancos de datos policiales una vez que los casos criminales se han cerrado.¹⁸ Para los casos en que la obtención de ADN se realiza como donación para identificación de personas desaparecidas, se establece otra casuística diferente.

Existen otro tipo de marcadores que no corresponden a secuencias hipervariables, sino a posiciones determinadas del ADN en que el nucleótido de la secuencia puede ser variable (por ejemplo, una A o una G). Estos marcadores de cambio en una única posición nucleotídica se denominan SNP (Single Nucleotide Polymorphisms). Estos marcadores han sustituido a los mini- y microsatélites en todos los ámbitos excepto en el campo forense criminal, ya que los bancos de datos existentes llevan años recogiendo datos con marcadores hipervariables. Actualmente se está recogiendo numerosa información para su uso forense en el futuro,¹⁹ aunque ya se podrían utilizar con elevadísima fiabi-

¹⁵ M. A. JOBLING y P. GILL (2004), *op. cit.* www.nij.gov/nij/topics/forensics/evidence/dna/basics/welcome.htm.

¹⁶ www.nij.gov/nij/topics/forensics/evidence/dna/basics/welcome.htm; www.cstl.nist.gov/div831/strbase/fbicare.htm; www.isfg.org/EDNAP; www.enfsi.eu.

¹⁷ www.nij.gov/nij/topics/forensics/evidence/dna/basics/welcome.htm.

¹⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-1784>.

¹⁹ www.cstl.nist.gov/strbase/SNP.htm.

lidad en casos de parentesco genético y, de hecho, se han utilizado en casos concretos de muertes masivas y con muestras muy degradadas (véase más adelante, sobre el análisis forense en los atentados contra las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001).

De forma general, los análisis de ADN forense tienen dos usos principales: la identificación genética y el establecimiento de parentesco genético. En la identificación genética se intenta asignar una determinada muestra biológica a un individuo concreto. La combinación de las secuencias variables del ADN es específica para cada individuo y nos define como únicos ya que la probabilidad de que alguien más de la población (a excepción de gemelos monocigóticos) comparta exactamente la misma combinación genética en un número elevado de marcadores es excepcionalmente pequeña. Por tanto, en la identificación genética debe existir concordancia absoluta en los marcadores utilizados y, además, hay que acompañar la asignación de un cálculo de fiabilidad estadística, es decir, se debe calcular cuál es la probabilidad de que otro individuo no relacionado presente la misma combinación de marcadores, y para ello hay que conocer la frecuencia de cada alelo en la población a la que pertenece el individuo analizado.²⁰

Para los análisis de parentesco —por ejemplo, si consideramos paternidad o maternidad— hay que recordar que los marcadores genéticos se heredan de forma mendeliana y que el ADN se hereda la mitad de cada progenitor; por tanto, los alelos de cada marcador proceden uno de cada progenitor. Cuando eso no sucede se habla de exclusión paterna o materna o de ambos (según sea el caso), mientras que si hay coincidencia determinamos que hay inclusión, y así podemos establecer relaciones de parentesco cuando este es directo.²¹ En el caso de paternidad o maternidad, todos los marcadores han de ser compatibles con la inclusión; pero, de nuevo, es relevante el cálculo estadístico. En otros casos de parentesco, el porcentaje de ADN compartido dependerá del grado de relación de parentesco, y será entonces un valor promedio: compartimos de promedio el 50% del ADN con nuestros hermanos, el 25% con nuestros abuelos o con nuestros primos hermanos.

Por otra parte, también podemos establecer linajes matrilineales y patrilineales, aunque los individuos analizados estén separados por varias generaciones. Aquí cabe recordar que todos los hermanos hijos de la misma madre tienen el mismo ADNmt, que procede a su vez de la abuela materna, que procede a su

²⁰ M. A. JOBLING y P. GILL (2004), *op. cit.*; www.nature.com/scitable/topicpage/forensics-dna-fingerprinting-and-codis-736.

²¹ M. A. JOBLING y P. GILL (2004), *op. cit.*; www.dnainheritance.kahikatea.net/autosomal.html.

vez de su madre, lo cual permite establecer linajes matrilineales estrictos a pesar de que pueda haber varias generaciones de distancia. En el caso de los varones, se pueden establecer linajes patrilineales estrictos a partir de marcadores del cromosoma Y, puesto que el padre transmite el cromosoma Y a todos sus hijos varones, y estos a su vez a sus hijos varones. Por tanto, un hombre tiene el mismo cromosoma Y que su abuelo paterno y que su bisabuelo paterno. Así, una abuela comparte su ADNmt con todos sus hijos, y con los nietos hijos de sus hijas, pero un padre tiene un ADNmt distinto del de su hija.

En resumen, analizando el cromosoma Y o el ADN mitocondrial podemos establecer linajes paternofiliales o maternofiliales, respectivamente, que nos dan información sobre parentescos genéticos más lejanos. De ahí que se utilicen muy especialmente en estudios de poblaciones, de migraciones y de ascendencia en humanos, y se generen bases de datos específicas para marcadores del cromosoma Y y del genoma mitocondrial.²²

Perfiles genéticos. Asignación

Se denomina perfil genético al genotipo obtenido después de un análisis de marcadores genéticos, con lo que se consigue una información parcial del genoma de un individuo. En el ámbito forense, el perfil genético debe tener un valor estadístico suficiente para ser considerado único, y este valor singular con un error asociado mínimo es alcanzable siempre que la muestra sea pura, no contaminada por manipulación y no degradada. Por otra parte, la asignación de un perfil genético demanda comparación. Es decir, podemos establecer que una muestra biológica pertenece a un determinado individuo porque sus perfiles genéticos coinciden totalmente. O podemos afirmar que una persona es hija de dos padres biológicos cuando todo su perfil genético se explica por herencia, mitad del padre y mitad de la madre. Además, podríamos añadir el perfil genético del ADNmt, que debe coincidir con el de la madre, y, si es varón, el perfil genético de su cromosoma Y, que debe coincidir con el del padre.

De igual manera, se puede tener un perfil biológico sin asignación. En el caso de la identificación genética, es posible averiguar que la muestra biológica contiene ADN de un humano y si es hombre o mujer, pero no se puede saber a qué persona en concreto pertenece. Lo mismo ocurre en casos de parentesco

²² A. CONGIU, P. ANAGNOSTOU, N. MILIA et al. (2012). «Online databases for mtDNA and Y chromosome polymorphisms in human populations». *Journal of Anthropological Sciences*, núm. 90, págs. 201-215, <http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing/ancestrytesting>.

genético; si unos padres ofrecen su perfil genético o un individuo intenta buscar padres o hermanos, pero no existe ningún otro perfil genético para comparar ni se encuentra coincidencia total (identificación) o parcial (parentesco) de perfiles en el banco de datos, este perfil genético del que deriva queda sin asignación, aunque puede ser asignado ante nuevas muestras con coincidencia genética. Para ello se han generado bancos de datos genéticos con fines policiales o humanitarios (en casos de desaparecidos, catástrofes masivas, accidentes mortales, etc.).

Asignación en accidentes y catástrofes

El primer caso en que se realizaron pruebas genéticas para asignar restos humanos en un accidente masivo fue en 1996, tras estrellarse un avión Tupolev a 10 kilómetros del aeropuerto de Spitsbergen (una isla del Círculo Polar Ártico). Los 128 pasajeros y 13 miembros de la tripulación perecieron y se recuperaron 257 restos humanos fragmentados. En este caso, la lista de muertos era conocida y limitada pues se tenía identificado a todo el pasaje, y el problema era la asignación de restos y su entrega a las respectivas familias para su inhumación. Previendo que la obtención de datos *ante mortem* para identificar los restos sería muy limitada, se optó por obtener el ADN de las muestras humanas y pedir la colaboración de los familiares para acelerar la identificación. Las identificaciones se realizaron según tres posibles casuísticas: 1) reunión de fragmentos corporales del mismo individuo, en que debía haber una completa coincidencia del perfil genético; 2) asignación de restos por comparación de perfiles genéticos con los padres o los hijos biológicos; 3) asignación de restos por comparación de perfiles genéticos con hermanos. Para todos los casos se lograron perfiles genéticos de familiares o de material biológico de comparación. La asignación de los 141 perfiles genéticos (43 mujeres y 98 varones) se hizo con probabilidades estadísticas altísimas, y se identificaron y asignaron los 257 fragmentos. Veinte días después del accidente, los distintos ataúdes con los restos separados e identificados se enviaron a sus destinos para ser inhumados. Un tiempo récord con un coste muy moderado para la época. La conclusión final del informe forense determinó que el análisis de ADN debía adoptarse como obligatorio en accidentes con gran número de víctimas, y así ha sido.²³ Pero, en este caso, gran parte del éxito se debió a que se trataba de un

²³ B. OLAISEN, M. STENERSEN y B. MEVAG (1996). «Identification by DNA analysis of the victims of the August 1996 Spitsbergen civil aircraft disaster». *Nature Genetics*, núm. 15, págs. 402-405.

número limitado de víctimas, todas ellas identificadas previamente. El porcentaje de éxito es menor cuando se trata de un accidente masivo, con una lista abierta.

En este contexto, el ejemplo paradigmático es la identificación de perfiles genéticos tras la masacre de los atentados terroristas contra las Torres Gemelas del World Trade Center de Nueva York, el 11 de septiembre de 2001, en el que murieron 2.792 personas, lo que desbordó los protocolos de los laboratorios forenses y superó las técnicas de identificación genética del momento. Cabe señalar la contribución del comité de expertos reunidos de urgencia por la Casa Blanca, que constituyeron la entidad consultora KADAP (Kinship and Data Analysis Panel [Comisión de Análisis de Datos y Parentesco]). Estos expertos consensuaron una serie de medidas y directrices que concretaron en un extenso informe, «Lessons learned from 9/11: DNA identification in mass fatality accidents»,²⁴ que establece cómo enfrentarse a un reto forense tan complejo desde múltiples enfoques —policial, forense, genético, tecnológico, psicológico, religioso, institucional, judicial, legal y social—, generando nuevos protocolos de trabajo, bases de datos y programas informáticos innovadores de análisis genético. Gracias a todos estos esfuerzos conjuntos, los restos de 1.595 individuos (de los 2.792 muertos) fueron identificados y devueltos a sus familias para su inhumación.²⁵ A diferencia de lo que sucede con una lista cerrada de nombres para identificar, la lista abierta hace imposible un reconocimiento total de las víctimas, puesto que la identificación de ADN se basa en la comparación genética, y si no se sabe con quién comparar, no hay identificación posible.

Asignación de parentesco genético en casos históricos

Los perfiles genéticos ofrecen tanta información que, en casos totalmente alejados de los tribunales, permiten resolver enigmas históricos. Por ejemplo, se han podido asignar momias que permanecían sin clasificar en el subterráneo del museo de El Cairo, con su nombre y persona. Así se ha podido determinar que una momia femenina indeterminada era la Reina Perdida, la mujer que probablemente tuvo mayor poder en la antigüedad, Hatshepsut. Hatshepsut fue regente durante más de veinte años; pero, cuando su hijastro Tutmosis III asumió el poder, guiado por el despecho intentó borrar de la historia de Egipto el nombre de la gran faraona. Todas las referencias actuales a Hatshepsut y

²⁴ <http://massfatality.dna.gov>.

²⁵ www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/214781.pdf.

su labor de gobernante se deben a la mención que de ella hacen los historiadores griegos de la época. La asignación de la momia, de la que se sabía su naturaleza real, se produjo tras analizar el ADN obtenido a partir de las raíces de sus dientes molares, que, al ser comparado con el ADN de la momia de su padre, el faraón Tutmosis I, permitió demostrar que compartía con este el 50% de su perfil genético, a la vez que compartía el mismo ADNmt que el de la momia de su abuela materna, Ahmose Nefertari.²⁶ Los análisis de perfiles genéticos también han permitido asignar momias desconocidas a la línea ancestral de Tutankamón, con la identificación inequívoca de la momia de su padre biológico, el faraón Akenatón, y de paso se demostró que no era hijo de la faraona Nefertiti sino fruto del incesto entre Akenatón y una hermana de este (de la que hoy en día se tiene asignada la momia como madre biológica de Tutankamón pero cuyo nombre se desconoce).²⁷

Quizá uno de los casos más conocidos fue la asignación de los restos encontrados en dos fosas comunes a las afueras de Ekaterimburgo como todos los miembros de la familia del último zar de Rusia (los Romanov).²⁸ En esta ocasión, además de combinar los estudios de parentesco genético directo para identificar un núcleo familiar formado por dos individuos adultos con cuatro hijas y un hijo, los estudios de ADNmt permitieron identificar a la zarina Alexandra y al zar Nicolás, al compartir ambos identidad del perfil genético con parientes actuales representantes de sus respectivas linajes matrilineales. De igual forma, el zar Nicolás y su heredero Alexéi compartían el perfil genético del cromosoma Y con descendientes actuales de su misma línea patrilínea, con lo que se han podido determinar que todos los miembros fueron asesinados el mismo día (incluidos Alexéi y Anastasia) y que ninguno se salvó.

Los estudios de los linajes de ADNmt y cromosoma Y son muy utilizados en estudios genéticos de ascendientes, particularmente en países donde pertenecer a una minoría étnica puede representar una ventaja más o menos singular. Aunque solo proporcionen información limitada de los linajes humanos, se pueden inferir datos ciertamente curiosos. Por ejemplo, que alrededor del 28% de los ADNmt que se encuentran en Brasil son de origen africano, es decir, que alrededor del 28% de los individuos brasileños tienen una antepasada que

²⁶ www.babec.org/files/resources/articles/INN_05_N_America.pdf.

²⁷ Z. HAWASS, Y. Z. GAD, S. ISMAIL et al. (2010). «Ancestry and pathology in King Tutankhamun's family». *Journal of the American Medical Association*, núm. 303, págs. 638-647.

²⁸ E. I. ROGAEV, A. P. GRIGORENKO, Y. K. MOLIKA et al. (2009). «Genomic identification in the historical case of the Nicholas II royal family». *Proceedings of the National Academy of Sciences of the USA*, núm. 106, págs. 5258-5263.

fue esclava.²⁹ O, por ejemplo, que un elevadísimo porcentaje de los varones asiáticos (alrededor de un 8%) presentan el mismo perfil genético en el cromosoma Y, con origen en la región de Mongolia hace aproximadamente un milenio, lo que a nivel mundial implica que el 0,5% de todos los varones humanos son descendientes de Gengis Kan.³⁰

Asignación de parentesco genético en casos actuales

Actualmente, los estudios de parentesco genético se aplican principalmente en dos tipos de casos: en los que se pretende obtener una confirmación de paternidad o en los casos de identificación de desaparecidos.

En el primer caso, un descendiente intenta demostrar que es el hijo biológico no reconocido de un putativo progenitor, o un padre duda de que el que considera su hijo sea en realidad su hijo biológico. En muchas ocasiones suele haber un interés económico tras la prueba, por ejemplo, para afirmar el derecho a una herencia o parte de esta, o para ahorrarse el dispendio de la compensación económica en una separación de facto, y a veces pueden mediar mandatos judiciales. En estos casos se necesitan como mínimo dos perfiles genéticos, el del descendiente y el del progenitor implicado. La asignación de paternidad/filiación es mucho más fiable estadísticamente si se dispone del perfil genético de ambos padres. Uno de los puntos más oscuros es que la globalización de los servicios de análisis genéticos por Internet ha provocado el incremento de ofertas de análisis genéticos de paternidad por curiosidad personal, sin el consentimiento explícito de todas las partes implicadas o al menos de ambos progenitores en representación de un niño menor de edad. El precio suele variar en función de si el análisis del perfil genético se debe presentar o no en un juicio. También es distinto si median pruebas genéticas entre personas adultas con consentimiento o si hay implicados menores, ya que, al no existir una regulación clara en el tema de las pruebas de paternidad o filiación, puede conllevar perjuicio de los derechos del menor. Al respecto, se han elaborado informes que recomiendan la necesidad de legislación en el campo.³¹

²⁹ J. ALVES-SILVA, M. SILVA SANTOS et al. (2000). «The ancestry of Brazilian mtDNA lineages». *American Journal of Human Genetics*, núm. 67, págs. 444-461.

³⁰ T. ZERJAL, Y. XUE, G. BERTORELLE et al. (2003). «The genetic legacy of the Mongols». *American Journal of Human Genetics*, núm. 72, págs. 717-721.

³¹ www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/olddocs/Pruebas_geneticas_de_filiacion.pdf.

En los casos de identificación de desaparecidos o de niños sustraídos, la situación es radicalmente distinta, puesto que las personas interesadas en encontrar a un familiar son las que acuden a las instituciones policiales y voluntariamente ponen a disposición su ADN con el fin de ofrecer un perfil genético de comparación para encontrar un descendiente o un padre. Distintos países han establecido cómo se pueden obtener estas muestras, y cómo crear un banco de datos para comparar perfiles. El enfoque de los bancos de datos para encontrar personas desaparecidas es distinto según la conciencia social de cada país. En Gran Bretaña se ofrece información y explicaciones concretas y sencillas del porqué de la prueba de ADN y cómo puede ayudar a los familiares.³² En otros casos se cuenta con la ayuda de los propios implicados, que son agentes activos en la búsqueda de sus seres queridos, con organizaciones específicas del Gobierno³³ o asociaciones internacionales en las que se favorece la participación de la sociedad.³⁴

En España la recogida de material genético y la creación de un banco de datos de ADN se ha considerado siempre responsabilidad de la Dirección General de la Policía. Se reguló en 1994 y se amplió en el año 2000 (BOE, 28 de septiembre de 2000),³⁵ mediante la creación de ficheros automatizados para la identificación genética: el fichero ADN-Humanitas (para cotejar muestras en labores humanitarias de identificación de restos humanos de víctimas de hechos catastróficos o criminales, así como cadáveres de desaparecidos) y el ADN-Veritas (para usar en infracciones penales, con la identificación genética de vestigios biológicos recogidos en la investigación de hechos presuntamente delictivos, que quedan a disposición de las autoridades competentes). En años sucesivos, nuevas órdenes matizaron e intentaron regular la recogida de datos genéticos, pero en ningún caso se encuentran a disposición del público, lo cual probablemente refleja un modo distinto de enfocar la identificación genética y la visualización e implicación de la sociedad en esta cuestión.³⁶

Bibliografía

ALVES-SILVA, J.; SILVA SANTOS, M. et al. (2000). «The ancestry of Brazilian mtDNA lineages». *American Journal of Human Genetics*, núm. 67, págs. 444-461.

³² www.missingpersons.police.uk/download/14.

³³ www.namus.gov.

³⁴ www.ic-mp.org/fdmsweb/index.php?w=intro.

³⁵ www.boe.es/boe/dias/2000/09/28/pdfs/A33220-33221.pdf.

³⁶ www.interior.gob.es/en/web/servicios-al-ciudadano/normativa/ordenes-int/orden-int-1202-2011-de-4-de-mayo.

- CONGIU, A.; ANAGNOSTOU, P.; MILIA, N. et al. (2012). «Online databases for mt-DNA and Y chromosome polymorphisms in human populations». *Journal of Anthropological Sciences*, núm. 90, págs. 201-215.
- GILL, P.; JEFFREYS, A. J. y WERRETT, D. J. (1985). «Forensic application of DNA “fingerprints”». *Nature*, núm. 318, págs. 577-579.
- HAWASS, Z.; GAD, Y. Z.; ISMAIL, S. et al. (2010). «Ancestry and pathology in King Tutankhamun’s family». *Journal of the American Medical Association*, núm. 303, págs. 638-647.
- JEFFREYS, A. J.; BROOKFIELD, J. F. Y. y SEMEONOFF, R. (1985). «Positive identification of an immigration test-case using DNA fingerprints». *Nature*, núm. 317, págs. 818-819.
- JEFFREYS, A. J.; WILSON, V. y THEIN, S. L. (1985). «Hypervariable “minisatellite” regions in human DNA». *Nature*, núm. 314, págs. 67-73.
- JOBLING, M. A. y GILL, P. (2004). «Encoded evidence: DNA in forensic analysis». *Nature Reviews Genetics*, núm. 5, págs. 739-745.
- OLAISEN, B.; STENERSEN, M. y MEVAG, B. (1996). «Identification by DNA analysis of the victims of the August 1996 Spitsbergen civil aircraft disaster». *Nature Genetics*, núm. 15, págs. 402-405.
- ROGAEV, E. I.; GRIGORENKO, A. P.; MOLIKA, Y. K. et al. (2009). «Genomic identification in the historical case of the Nicholas II royal family». *Proceedings of the National Academy of Sciences of the USA*, núm. 106, págs. 5258-5263.
- SMITH, C.; STRAUSS, S. y DEFRANCESCO, L. (2012). «DNA goes to court». *Nature Biotechnology*, núm. 30, págs. 1047-1053.
- THE 1000 GENOMES CONSORTIUM (2012). «An integrated map of genetic variation from 1092 human genomes». *Nature*, núm. 491, págs. 56-65.
- ZERJAL, T.; XUE, Y.; BERTORELLE, G. et al. (2003). «The genetic legacy of the Mongols». *American Journal of Human Genetics*, núm. 72, págs. 717-721.

La prueba del ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. La experiencia del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses

Antonio Alonso, Pablo Martín, María Carmen González-Albo, Beatriz Heinrichs, Lourdes Fernández de Simón, Inmaculada Atienza, Gloria Vallejo

Introducción

La primera referencia en un procedimiento judicial a la problemática de niños supuestamente sustraídos en España la encontramos en un sumario del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional,¹ en el que se cita la denuncia específica de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre los niños perdidos del franquismo (Recomendación 1736 de 17/03/2006) y se cuantifica (en el periodo de 1944 a 1954) en más de 30.000 los niños (hijos de padres en prisión, desaparecidos, muertos, clandestinos y en el exilio) que fueron retirados de sus madres y pasaron a ser tutelados por el Estado y, en muchos casos, registrados con nuevos apellidos y entregados de forma irregular a familias de adopción, con lo que se imposibilitó una investigación de su verdadera identidad biológica.

En este trabajo, sin embargo, nos referiremos a la casuística originada a partir del año 2011 tanto por solicitudes de investigaciones presentadas ante el Ministerio Fiscal y los Juzgados de Instrucción, como por investigaciones extrajudiciales realizadas por particulares y diversas asociaciones de afectados de presuntos casos de sustracción de recién nacidos acaecidos en un periodo posterior al referido en el Sumario 53/2008 y que va desde la década de 1960 hasta la década de 1990.

Según la Memoria 2013 de la Fiscalía General del Estado (FGE),² «las exhumaciones han constituido una de las diligencias de mayor peso probatorio». En

¹ Sumario 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional de fecha 18/11/2008 (http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/11/18/auto_memoria_historica.pdf).

² Memoria 2013 de la Fiscalía General del Estado (FGE). Sustracción de menores recién nacidos (www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pagenome=Pfiscal%2FPPage%2FFGE_memorias&selAnio=2013).

primer lugar, pues, analizaremos los resultados obtenidos y las lecciones aprendidas por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF) en el análisis genético comparativo de restos de exhumación de recién nacidos con sus supuestos padres biológicos en 25 casos a instancia judicial o del Ministerio Fiscal, así como los procedimientos de investigación y los criterios de calidad y de interpretación de la prueba del ADN desarrollados en esta materia por el propio INTCF, el Ministerio de Justicia y la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN (CNUFADN).

Abordaremos también la problemática actual de la otra vertiente de investigación que ofrece la prueba del ADN y que es la búsqueda de compatibilidades entre afectados vivos mediante la creación de bases de datos con los perfiles de ADN de los afectados (principalmente padres y madres que buscan a sus hijos biológicos, e hijos adoptivos que buscan a sus progenitores) para así poder hacer efectivo «el derecho más frecuentemente invocado por los afectados, que es el derecho a la propia identidad, entendido como derecho a conocer la verdad de su origen biológico».³ En especial nos referiremos al protocolo establecido para que, a través del Ministerio de Justicia, los distintos perfiles de ADN que están dispersos en distintas bases de datos de ADN desarrolladas por laboratorios privados se incorporen en una base de datos única que facilite el cotejo y detección de las compatibilidades genéticas de las personas incorporadas a ella, según se aprueba en la Orden JUS/2146/2012 de 1 de octubre.⁴

La investigación de ADN de las muestras de exhumación de recién nacidos

La experiencia del INTCF

En la tabla 1 se muestran los resultados obtenidos por el Servicio de Biología del Departamento de Madrid del INTCF en la identificación genética de restos óseos de recién nacidos recuperados en 25 diligencias de exhumación en respuesta a 13 solicitudes de investigación del Ministerio Fiscal y 12 solicitudes

³ Memoria 2013 de la Fiscalía General del Estado (FGE). Sustracción de menores recién nacidos (www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_memorias&selAnio=2013).

⁴ Orden JUS/2146/2012 de 1 de octubre, «por la que se crean determinados ficheros de datos de carácter personal relacionados con los supuestos de posible sustracción de recién nacidos y se aprueban los modelos oficiales de solicitud de información» (BOE 244 de 10/10/2012) (www.boe.es/boe/dias/2012/10/10/pdfs/BOE-A-2012-12648.pdf).

de Juzgados de Instrucción en el periodo 2011-2013 y procedentes de las comunidades autónomas del País Vasco, Castilla-La Mancha, Galicia, Madrid, Extremadura, Andalucía, Murcia y Asturias.

TABLA 1

	Número de casos (%)
Exhumaciones a instancias del Ministerio Fiscal	13 (52%)
Exhumaciones a instancias de Juzgados de Instrucción	12 (48%)
Exhumaciones con recuperación de restos óseos	23 (92%)
Exhumaciones sin recuperación de restos óseos	2 (8%)
Éxito en la recuperación de ADN de restos óseos*	18 (78%)
Fracaso en la recuperación de ADN de restos óseos*	5 (22%)
Éxito en la recuperación de ADN en otros restos de exhumación (pelos, paños quirúrgicos, pinzas de cordón umbilical)	0 (0%)
Identificación positiva de restos óseos mediante cotejo de perfiles STR con padre y madre**	17 (94%)
Exclusión de restos óseos mediante cotejo de perfiles STR con padre y madre**	1 (6%)

Resultados obtenidos por el Servicio de Biología del Departamento de Madrid del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF) en la identificación genética de restos óseos de recién nacidos procedentes de 25 diligencias de exhumación en respuesta a 13 solicitudes de investigación del Ministerio Fiscal y 12 solicitudes de Juzgados de Instrucción en el periodo 2011-2013.

* Los datos porcentuales del éxito y fracaso en la recuperación de ADN de los restos óseos se refieren al total de 23 exhumaciones con recuperación de restos óseos.

** Los datos porcentuales del número de identificaciones positivas y exclusiones de restos óseos se refieren al total de 18 exhumaciones en las que se obtuvo ADN y se pudo realizar la prueba.

Uno de los primeros resultados que llamó la atención de los investigadores fue el hecho de que no en todas las exhumaciones se logró recuperar los restos óseos del recién nacido ($2/25 = 8\%$). Si bien en un principio se podría valorar la ausencia de restos óseos como un indicio de prueba del delito de sustracción, las características de los hallazgos de exhumación investigados (en los que se recuperaron pelos fetales y fauna cadavérica, además de paños quirúrgicos y pinzas de cordón) así como el tamaño de los huesos de un recién nacido y la peculiar estructura molecular y composición de su tejido óseo (con fibras de colágeno desordenadas y con un grado de calcificación mucho menor que el tejido óseo del adulto) indicaban la posibilidad de una destrucción total de los restos óseos. El informe técnico del Laboratorio de Antropología del Servicio

de Criminalística del INTCF realizado a petición de la Fiscalía Provincial de Guipúzcoa vino a apoyar esta hipótesis al presentarse un estudio de una serie de 16 exhumaciones que permitió documentar que «el grado de representatividad esquelética y de degradación de los restos ha sido muy variable, desde un recién nacido inhumado en el año 1972 que se conservó prácticamente íntegro por un proceso de momificación, hasta un individuo con una data similar y en el que macroscópicamente no se evidenciaba la presencia de restos óseos».

Los resultados del análisis genético de los restos de exhumación indican un alto porcentaje de éxito en la recuperación de ADN a partir de restos óseos, lo que permitió la obtención de perfiles STR del ADN a partir de restos óseos de 18 recién nacidos de un total de 23 exhumaciones en las que se recuperaron restos óseos, lo que supone un 78% de éxito. A pesar del éxito obtenido, los análisis de ADN realizados entrañaron una gran dificultad como consecuencia del estado de degradación del ADN y del bajo número de copias de ADN recuperadas de los restos óseos en una alta proporción de los casos investigados. La utilización de sistemas validados de extracción de ADN de alto rendimiento a partir de restos óseos y de sistemas específicos de análisis de ADN degradado, así como la implementación de medidas estrictas de minimización y monitorización de contaminaciones exógenas de ADN, resultaron indispensables para solventar las dificultades observadas y ofrecer resultados fiables y reproducibles.

Por el contrario, no se pudo recuperar ADN humano de ninguno de los casos investigados utilizando otros restos de exhumación (pelos, manchas en paños quirúrgicos, restos en pinzas de cordón umbilical, etc.). A diferencia de los restos óseos (en los que las macromoléculas como el ADN inmersas en la matriz inorgánica de hidroxiapatita del tejido óseo compacto parecen resistir tanto el ataque de las enzimas autolíticas y de las enzimas procedentes de bacterias y hongos, como los procesos oxidativos e hidrolíticos dependientes de las condiciones de humedad, temperatura, pH, etc.), los pelos, los fluidos biológicos y los tejidos blandos sufren de forma más rápida y grave los procesos autolíticos y de putrefacción cadavérica que se instauran después de la muerte, por lo que en una gran proporción de casos se produce una completa destrucción de los restos celulares y de sus macromoléculas (proteínas y ADN) que imposibilita el análisis genético.

Por último, el estudio comparativo de los perfiles de ADN obtenidos de los restos óseos de los recién nacidos con los perfiles de ADN de las muestras de referencia de los progenitores denunciante ofreció resultados de compatibilidad genética para 13-21 regiones STR del ADN (con índices de paternidad/maternidad comprendidos entre 2×10^6 y 2×10^{15}) en todas las exhumaciones en las que se pudo recuperar ADN, excepto en uno de los casos (17/18). Se trata,

por tanto, de uno de los resultados de mayor relevancia durante la instrucción, ya que permitió comprobar el fallecimiento del recién nacido supuestamente sustraído y decretar el archivo de las diligencias de investigación en el 94% de los casos en los que pudo llevarse a cabo la prueba del ADN.

Es necesario resaltar además que, en el único caso en el que no se pudo comprobar la compatibilidad entre los restos óseos (supuestamente de una recién nacida) y sus progenitores, el análisis de ADN reveló la identificación de restos de dos recién nacidos varones, contrariamente a lo que cabía esperar, y los perfiles de ADN obtenidos de los restos no eran compatibles con los padres denunciados. En este caso no se puede descartar un problema en la cadena de custodia, ya que los restos, inhumados originalmente en la década de 1970, sufrieron un traslado a otro cementerio en los años ochenta, antes de ser finalmente exhumados para su análisis en 2011 según la diligencia de la Fiscalía.

Protocolos y recomendaciones del Ministerio de Justicia

La experiencia en esta materia, tanto de los médicos forenses de todo el territorio nacional como de los expertos de los distintos departamentos del INTCF, puso de manifiesto la gran complejidad técnica de este tipo de investigaciones forenses y la necesidad de desarrollar protocolos específicos tanto para garantizar la documentación, recuperación y preservación de todos los restos de exhumación, como para garantizar la calidad y fiabilidad de los análisis de identificación genética y una correcta interpretación del peso probatorio de la prueba del ADN.

En el año 2011 se puso en funcionamiento un protocolo de actuación del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses⁵ a fin de facilitar información a los juzgados, el Ministerio Fiscal, los Institutos de Medicina Legal (IML) y los médicos forenses sobre el procedimiento técnico requerido para remitir muestras de ADN al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencia Forenses.

La Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN, consciente de la dificultad técnica de algunos de los estudios de identificación genética en casos de sustracción de recién nacidos, aprobó en su pleno de fecha 16/05/2012 el documento «Recomendaciones sobre los estudios de identificación genética en casos de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos» a propuesta

⁵ Protocolo de actuación del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses para la identificación genética en los casos de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos. Ministerio de Justicia 2011 (<http://bit.ly/1APrtHJ>).

de la Comisión Técnica Permanente (CTP).⁶ Se trata de unas recomendaciones generales para asegurar la calidad y fiabilidad de los estudios de identificación genética en casos de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos, tanto en la búsqueda de compatibilidades entre individuos vivos mediante bases de datos de ADN, como en el análisis de identificación genética de restos de exhumación de recién nacidos. Las recomendaciones incluyen los siguientes aspectos: la selección y obtención de muestras de referencia, la selección y obtención de muestras en exhumaciones de cadáveres de recién nacidos, los análisis genéticos y la acreditación de laboratorios, el registro y la búsqueda en bases de datos de ADN y los criterios de interpretación y comunicación de compatibilidades.

Sin lugar a dudas, la actuación pericial del equipo médico forense durante la diligencia de la exhumación es de vital importancia para garantizar la obtención de muestras adecuadas y suficientes para poder realizar los análisis e investigaciones que lleven al esclarecimiento de los hechos en cada caso. Consciente de dicha importancia, el Ministerio de Justicia, a través del Centro de Estudios Jurídicos, organizó en julio de 2012 un encuentro de directores de Institutos de Medicina Legal, en el que se plantearon los problemas surgidos en las exhumaciones realizadas hasta la fecha con el objeto de alcanzar una guía o protocolo de actuación común. Fruto de esa reunión nace la «Guía de recomendaciones para la práctica de la exhumación en los casos de posible sustracción de recién nacidos»,⁷ donde se abordan los procedimientos específicos de exhumación dependiendo de las características de la escena (lugares confinados o enterramientos), así como los objetivos de la intervención del médico forense en los Institutos de Medicina Legal incluida la realización de los estudios de identificación antropológica de los restos y las normas de envío de las muestras para realizar análisis complementarios (antropológicos y de ADN) en el INTCF.

Por último, y no por ello menos importante, es necesario referirse a la labor de la FGE, la cual, en su circular sobre los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos,⁸ favoreció la unificación de criterios en la actuación

⁶ Recomendaciones sobre los estudios de identificación genética en casos de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos. Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN (16/05/2012) (www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/Recomendaciones_sobre_identificacion_genetica_en_adopciones_irregulares_y_sustraccion_de_recien_nacidos.pdf?idFile=90430626-4d5e-4817-ab91-48cd4f12f71c).

⁷ Guía de recomendaciones para la práctica de la exhumación en los casos de posible sustracción de recién nacidos. Ministerio de Justicia, 2012 (<http://bit.ly/1APrtHJ>).

⁸ Circular número 2/2012 sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos. Fiscalía General del Estado (26/12/2012).

de todas las fiscalías, estableció el procedimiento general para llevar a cabo las exhumaciones y toma de muestras para análisis de ADN, con la intervención oficial del Instituto de Medicina Legal competente en la diligencia de exhumación y del INTCF para realizar la prueba del ADN, y efectuó una revisión de la calificación jurídico-penal de los delitos y de su prescripción teniendo especialmente presente la necesidad de dar la máxima protección a las víctimas.

La base de datos de perfiles de ADN de afectados por supuestos casos de sustracción de recién nacidos

Creación del Servicio de Información y del fichero de perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos

Al margen de las solicitudes de investigación a instancias judiciales y del Ministerio Fiscal, en el periodo estudiado (2011-2013) ha habido un gran número de investigaciones extrajudiciales realizadas por particulares y diversas asociaciones de afectados de presuntos casos de sustracción de recién nacidos, con la legítima pretensión de conocer su identidad genética y la de su familia biológica. Las Administraciones Públicas se han comprometido con tan legítima pretensión y por ello, y bajo la coordinación del Ministerio de Justicia, se optó por la creación de un servicio de orientación e información a los afectados sobre los datos y registros oficiales disponibles sobre la filiación natural, así como por la creación del fichero de perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos, todo ello según la Orden JUS/2146/2012.⁹ Se incluyen en dicha orden dos tipos de formularios de consentimiento informado según se quiera obtener la información existente en los diferentes registros administrativos o de las distintas instituciones implicadas, o si además se quiere incluir el perfil genético en la base de datos de ADN del INTCF.

El objetivo del fichero de perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos es la centralización de los perfiles de ADN de los afectados (que se encuentran dispersos en diversas bases de datos de ADN de laboratorios privados) en una única base de datos gestionada por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses que permita que todas las perso-

⁹ Orden JUS/2146/2012 del 1 de octubre, «por la que se crean determinados ficheros de datos de carácter personal relacionados con los supuestos de posible sustracción de recién nacidos y se aprueban los modelos oficiales de solicitud de información» (BOE 244 de 10/10/2012) (www.boe.es/boe/dias/2012/10/10/pdfs/BOE-A-2012-12648.pdf).

nas implicadas puedan ser cotejadas para verificar la existencia de compatibilidades genéticas de las que puedan revelarse indicios de relaciones familiares biológicas. La Orden JUS/2146/2012 establece además la necesidad de un proceso de validación de los perfiles genéticos por parte del INTCF antes del registro en el fichero, así como un procedimiento de comprobación final de familiares candidatos compatibles mediante la realización de análisis de ADN complementarios.

Problemática y perspectivas de futuro

La encuesta nacional realizada por el INTCF en diciembre de 2012 a todos los laboratorios privados que habían realizado análisis de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos reveló la existencia de un total de 2.286 perfiles de ADN distribuidos en cinco laboratorios distintos. El 72% de estos perfiles de ADN se corresponden con madres o padres que buscan a sus hijos supuestamente sustraídos o adoptados irregularmente, y solo el 15% corresponden a hijos adoptivos que buscan a sus padres biológicos. Además existe un 13% de perfiles de ADN de hermanos afectados por la sustracción de recién nacidos. Desde el punto de vista técnico se observa también que los laboratorios han utilizado mayoritariamente tres sistemas distintos de análisis de regiones STR del ADN que ofrece una compatibilidad entre los distintos laboratorios entre 10 y 15 regiones STR.

El primer problema que surge en una base de datos de ADN de estas características, con más de 2.000 perfiles de ADN, es que existe una probabilidad no despreciable de que personas no relacionadas genéticamente sean compatibles para 10-15 regiones STR, de acuerdo con lo que cabe esperar en las distintas relaciones de parentesco investigadas (padres / hijos, hermanos) cuando solo se dispone de un familiar de referencia. Por esta razón, el INTCF recomendó como imprescindible validar cada una de las compatibilidades preliminares que pudieran producirse (obtenidas mediante 10-15 marcadores STR de ADN) mediante el análisis complementario de nuevos marcadores STR, otros miembros familiares, o el análisis de marcadores haplotípicos de línea materna (ADN mitocondrial) o paterna (STR de cromosoma Y) de acuerdo con lo establecido en la recomendaciones de la CNUFADN.¹⁰

¹⁰ Recomendaciones sobre los estudios de identificación genética en casos de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos. Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN (16/05/2012) (www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/Recomendaciones_sobre_

Llama la atención también la gran desproporción entre el alto número de perfiles de ADN de madres y padres que buscan a sus hijos supuestamente sustraídos o adoptados irregularmente (72%) con el bajo número de perfiles de hijos adoptivos que buscan a sus padres biológicos (15%), lo que sin duda restringe enormemente las posibilidades de éxito en la búsqueda de compatibilidades entre las muestras contenidas en estos dos índices de familiares.

El servicio de orientación e información a personas afectadas de una posible sustracción de recién nacidos,¹¹ ubicado en la calle de la Bolsa de Madrid, comenzó su funcionamiento en febrero de 2013 y en el momento actual (octubre de 2013) ha recibido 363 solicitudes de información de registros administrativos y 125 consentimientos informados de personas afectadas para registrar su perfil de ADN en la base de datos de ADN del INTCF.

En la actualidad el INTCF trabaja en la validación de los informes de ADN aportados por los afectados (mediante la revisión técnica de los registros originales del perfil de ADN de cada uno de los afectados, que se solicitan a los laboratorios privados que realizaron los análisis) y en el registro en el fichero de perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos, que está configurado para posibilitar la máxima eficiencia en la búsqueda de compatibilidades genéticas.

Por último hemos de resaltar que el grado de éxito en la identificación de relaciones de parentesco genético entre los afectados registrados en la base de datos de ADN gestionada por el INTCF vendrá determinado fundamentalmente por el grado de participación de los propios afectados en este proyecto, y solo estará garantizado en la medida en que una gran mayoría de los afectados presten su consentimiento para el registro de su perfil de ADN.

identificacion_genetica_en_adopciones_irregulares_y_sustraccion_de_recien_nacidos.pdf?idFile=90430626-4d5e-4817-ab91-48cd4fi2f71c).

¹¹ Servicio de información a afectados por la posible sustracción de recién nacidos. Ministerio de Justicia (www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288777264442/DetalleInformacion.html).

PARTE II
LA PROTECCIÓN CONTRA LA DESAPARICIÓN
FORZADA EN EL MARCO DE LA ONU

La Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas. Un tratado para el siglo xxi*

Emmanuel Decaux

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (en adelante, la Convención) entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, tras las veinte primeras ratificaciones, entre ellas la de España, que se produjo el 24 de septiembre de 2009. Tres años después la Convención agrupa a cuarenta Estados, es decir, el doble de los que la ratificaron inicialmente. Esta dinámica deberá mantenerse, en particular con el apoyo de los Estados firmantes o incluso a través de los diversos compromisos efectuados por los Estados, tanto con ocasión de las elecciones al Consejo de los Derechos Humanos como en el marco del Examen Periódico Universal (EPU).

La resolución anual de la Asamblea General sobre la Convención (A/C.3/68/L.44), presentada por Argentina, Francia y Marruecos con otros sesenta estados copatrocinadores, fue adoptada por unanimidad el 25 de noviembre de 2013. En particular, la Asamblea recomienda a todos los Estados priorizar la ratificación de la Convención. Sería deseable que esta figure en un lugar destacado en la lista de los tratados escogidos para la Ceremonia de los Tratados que se celebrará en 2014, organizada por la oficina de asuntos jurídicos de las Naciones Unidas.

Se ha de destacar especialmente la vocación universal de la Convención contra las Desapariciones Forzadas, que forma parte de los «tratados básicos» del sistema de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. Resulta importante hacerlo en un momento en el cual, desde hace dos años, se están realizando consultas sobre el fortalecimiento del vigente sistema de tratados, por iniciativa de la alta comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Navi Pillay,¹ y gracias a los cofacilitadores de la Asamblea General, cuyo mandato ha sido prorrogado seis meses por la Asamblea General en septiembre

* Traducción del francés de Jordi Plana.

¹ *Strengthening the UN human rights treaty body system*, informe de la alta comisionada de Derechos Humanos de la ONU, junio de 2012.

de 2013 (A/68/2). La reunión anual de los presidentes de comité, tras haber apoyado el proceso de Dublín II impulsado por Navi Pillay, se halla actualmente implicada en esta reflexión colectiva.² Con el mismo espíritu, el Comité de Desapariciones Forzadas ha adoptado una declaración de principio sobre la cuestión, con ocasión de la tercera sesión, en noviembre de 2012, al mismo tiempo que hacía suyos los «principios de Addis Abeba relativos a la independencia e imparcialidad de los expertos».

Son sobre todo razones de fondo las que exigen recordar el carácter de universal de la Convención, en la medida en que el crimen de desaparición forzada no es solo un fenómeno histórico ligado a las dictaduras militares en América Latina, sino un fenómeno que perdura bajo formas muy diversas en todos los continentes, tanto en tiempo de paz como en periodos de crisis. Las democracias tampoco se encuentran excluidas, como muestra la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.³

La vocación preventiva de la Convención forma parte de una elaboración de conjunto en que la calificación de la desaparición forzada como «crimen contra la humanidad» que hace el Estatuto de Roma señala la prolongación en el Derecho Penal Internacional.⁴ En este sentido la Convención sobre Desapariciones Forzadas nos parece un instrumento original, muy moderno y sofisticado, un tratado del siglo XXI que contempla toda una gama de medidas jurídicas no solo en materia de prevención y cooperación, sino también de represión y reparación.

La adopción de la Convención en 2010 es un acontecimiento histórico que culmina tres décadas de esfuerzos, que comprenden una primera fase declaratoria desde 1980, en especial con la creación del grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, hasta la Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992, que adoptó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Comprenden también una fase normativa, que va desde un primer proyecto de la Subcomisión de Derechos Humanos, preparado por Louis Joinet y adoptado por la Resolución 1998/25,

² Véase el informe de la reunión anual de presidentes de comités organizada en Nueva York en mayo de 2013, A/68/334.

³ Emmanuel DECAUX, «La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et les disparitions forcées», en Leif BERG et al. (eds.), *Cohérence et impact de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Liber amicorum Vincent Berger*, Oisterwijk: Wolf Legal, 2013; «La problématique des disparitions forcées à la lumière des articles 2 et 3 de la CEDH», en Catherine-Amélie CHASSIN (ed.), *La portée de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas: Bruylant, 2006.

⁴ Véase Julián FERNÁNDEZ y Xavier PACREAU (eds.), *Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. Commentaire article par article*, 2 vols., París: Pedone, 2006.

hasta el grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos que, bajo la presidencia del embajador Bernard Kessedjian, el representante permanente de Francia, finalizó su proyecto en 2006, en vísperas de la reforma que debía tratar la supresión de la Comisión de Derechos Humanos y la subcomisión.⁵ En cierto sentido, la Convención es el último legado de una evolución creativa puesta al servicio del «progreso de los derechos humanos» —retomando la fórmula de la Carta de las Naciones Unidas—, antes de iniciarse un ciclo en el que la atención se encuentra centrada más en la reforma de las instancias internacionales de protección que en la movilización permanente contra las violaciones de derechos humanos.⁶

Este breve resumen de los hitos que marcan la historia de la Convención es suficiente para dejar constancia de la energía de los activistas, los juristas y los diplomáticos que colaboraron para hacerla avanzar contra todo, pero también para mostrar la lentitud del proceso de codificación frente al sufrimiento y esperanzas de los familiares de las víctimas, cuyas asociaciones han liderado el proceso pilotado por Francia y Argentina. Si insisto tanto en ese compromiso constante no es para vanagloriarme, sino para rendir homenaje a todos nuestros predecesores, cuya acción incansable e idealismo práctico obligan a quienes tomen el relevo de la obra de los grandes pioneros y los grandes militantes. En cuanto que presidente del Comité de Desapariciones Forzadas, y como todos mis colegas, siento solemnemente, con convicción y determinación, esa responsabilidad moral.

De cara a este momento, teniendo en cuenta el destino trágico de todos cuantos murieron demasiado jóvenes, sentimos la impaciencia de las víctimas y debemos hacerlo todo para que el nuevo instrumento esté a la altura de las expectativas. Ya se ha escrito mucho a propósito de la Convención,⁷ pero su entrada en vigor ilustra en términos mucho más concretos y prácticos las grandes apuestas jurídicas y políticas del nuevo instrumento.

La Convención preveía —de manera muy convencional— la constitución de un comité denominado Comité de Desapariciones Forzadas, integrado por expertos independientes elegidos por los Estados miembros. Presenta, no obstante, una particularidad en relación con los demás órganos de tratados, puesto que el comité no se compone más que de diez miembros, lo cual, según la

⁵ Louis JOINET, *Mes raisons d'État*, París: La Découverte, 2013.

⁶ Emmanuel DECAUX (ed.), *Les Nations Unies et les droits de l'homme: enjeux et défis d'une réforme*, París: Pedone, 1996.

⁷ Emmanuel DECAUX y Olivier de FROUVILLE (eds.), *La Convention pour la Protection de toutes les Personnes contre les Disparitions Forcées*, Bruselas: Bruylant, 2009.

experiencia, constituye un número muy eficaz para el trabajo colegiado, si todos y cada uno se comprometen plenamente, lo que es el caso del conjunto de mis colegas, procedentes tanto de Argentina como de Senegal, Alemania y España o de Irak, México, Japón, Albania y Uruguay.⁸ Solo hay un reparo compartido por todos: el hecho de que, contrariamente a lo establecido en el tratado, que prevé una representación equilibrada por sexos, una sola mujer forma parte del comité. La dirección ejecutiva del comité sigue la misma tendencia, pues está compuesta por cinco miembros, con un presidente, tres vicepresidentes —Janina Suela (Albania), Al-Obaidi (Irak) y Badio Camara (Senegal)— y, en el puesto de relator, Álvaro Garcé García (Uruguay), quien ha reemplazado a Luziano Hazan (Argentina), que ocupó el puesto durante los dos primeros años. Debo subrayar la calidad del personal de secretaría, que sigue cotidianamente las actividades de la Convención en el seno del alto comisariado.

La primera dificultad del comité, compuesto por expertos venidos de todo el mundo, fue la de ponerse a trabajar lo más rápido y eficazmente posible. La primera prioridad fue establecer las «herramientas prácticas» que permitieran el funcionamiento del comité con la adopción del Reglamento Interior desde la primera sesión, sin olvidar los distintos formularios y guías para los procedimientos de informes, acciones urgentes o comunicaciones individuales.⁹ Desde el principio, tanto en los textos como en los mecanismos internos, el comité ha estado en pleno funcionamiento y hoy en día puede decirse que, tras una puesta en marcha acelerada, ha alcanzado su velocidad de crucero.

Desde el principio, el comité y el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (WGEID) han tenido que establecer relaciones estrechas. Los diez miembros del comité y los cinco miembros del grupo de trabajo tuvieron una reunión conjunta en la primera sesión del comité de noviembre de 2011 y decidieron encontrarse cada año, con ocasión de sus sesiones de otoño. Un comunicado conjunto destaca el espíritu de cooperación entre los dos órganos, que son complementarios ya que, en el marco de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados miembros, el comité posee una vocación de futuro que se extiende a partir de la ratificación, mientras que el mandato hu-

⁸ La mitad de los primeros mandatos se redujeron a una duración de dos años para asegurar una renovación parcial periódica. Con ocasión de la segunda reunión de la conferencia de Estados miembros en mayo de 2013, el mandato de Enoch Mulumbe (Zambia) no se renovó. Se reeligió a los cuatro salientes restantes, y se eligió un nuevo miembro por cuatro años, Santiago Corcuera (México), antiguo presidente del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

⁹ Véase el documento preparado ya en 2011 por Amnistía Internacional y traducido más tarde a diversos idiomas: *No impunity for enforced disappearances. Checklist for the effective implementation of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.*

manitario del grupo de trabajo cubre al conjunto de los Estados miembros. Una buena relación entre ambas instancias es la mejor garantía de éxito.¹⁰

Salvo en la primera sesión —reducida a cuatro días—, el comité se reúne durante dos semanas (es decir, diez días) en Ginebra cada seis meses aproximadamente. El comité ha rendido cuenta de sus primeras sesiones en su informe anual a la Asamblea General de la ONU, en especial en el segundo informe anual (A/86/56), que comprende las sesiones tercera (octubre-noviembre de 2012) y cuarta (abril de 2013). El examen de los informes de los Estados miembros, que debían ser remitidos en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Convención, ha podido comenzar ya en 2013, con el examen de los informes de Uruguay y Francia durante la cuarta sesión, seguidos por los de Argentina y España, con ocasión de la quinta sesión (noviembre de 2013). Sin duda, en el futuro harán falta sesiones más largas para permitir que el comité pueda ejercer sin retrasos todas sus funciones de supervisión.

Las obligaciones materiales de los Estados

La principal misión del comité es ser el «guardián» de la Convención. Ello implica promover y vigilar la aplicación plena de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados miembros. La Convención es un instrumento jurídico complejo y sofisticado, que se sitúa en la encrucijada entre el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional. Igual que los tratados básicos sobre derechos humanos, la Convención desempeña una función de sensibilización y de prevención que se lleva a cabo con la formación y la educación, pero también viene a completar algunas lagunas en materia penal, precisamente allí donde el Estatuto de Roma solamente aspira a la represión de los crímenes internacionales. Así pues, la Convención constituye una especie de seguro para el porvenir.

De hecho, la Convención prevé una doble incriminación. En virtud del artículo 4, «cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal». La obligación es clara y el comité no ha dejado de precisarlo así en sus directrices ni de subrayarlo en el examen de los primeros informes. El Estado debe tipificar el crimen de desaparición forzada —en cuanto tal— en su Código Penal. Una incriminación fragmentaria no respondería a esa exigencia precisa y específica.

¹⁰ Ficha de información del alto comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, núm. 6, rev. 3, *Disparitions forcées ou involontaires*, 2010.

El artículo 2 de la Convención proporciona una definición clásica de la desaparición forzada, entendida como «el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley». En ella se encuentran los cuatro elementos constitutivos de la desaparición forzosa, y, tanto a los ojos del comité como a los del grupo de trabajo, esta definición objetiva se basta a sí misma. Deberá ser recogida, preferiblemente en su más estricta literalidad, al transponerse la Convención al Derecho interno, aun cuando el Estatuto de Roma haya podido introducir alguna incertidumbre en relación con la existencia de un elemento subjetivo adicional al dolo consistente en que los autores tengan la intención de sustraer a la víctima a la protección de la ley.

La Convención se refiere también a diversas formas de complicidad y participación (art. 6.1a) así como a la responsabilidad del superior jerárquico (art. 6.1b), y reclama una escala de penas apropiada teniendo en cuenta la «extrema gravedad» del crimen de desaparición forzada (art. 7). De igual modo, al regular el régimen de prescripción, incluso fuera de la hipótesis del artículo 5 (*infra*), siempre se debe tener en cuenta el carácter continuo (art. 8) del delito. Queda todavía más claro que, en ausencia de una incriminación autónoma, el Estado no respondería a esas exigencias fundamentales. Con ello se percibe claramente que la complejidad y la gravedad del crimen de desaparición forzada implican la exigencia de una incriminación autónoma, más disuasiva y eficaz en tanto que es precisa, coherente y previsible.

No obstante, el Estado mantiene cierto margen de apreciación para ampliar la definición del crimen, no solo cuando es imputable a «agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado», sino también cuando implica a agentes no estatales en el marco de un conflicto armado no internacional o del crimen organizado, como sucede en particular en los casos de trata de seres humanos. Por ello, como prevé el artículo 3, corresponde al Estado definir un marco legislativo en consonancia con las exigencias y garantías del Estado de derecho, a fin de «tomar las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables».

El comité todavía no se ha pronunciado sobre si el ejercicio de esa facultad debe dejarse a la libre apreciación de los Estados miembros o si conviene ins-

tarlos a adoptar medidas concretas en tal sentido. Siendo consciente de las dificultades que entraña acudir en esta materia a los trabajos preparatorios, ello no le ha impedido iniciar una reflexión sobre la responsabilidad de los Estados por la implicación de los actores no estatales en la desaparición forzada. El comité también está muy al tanto de la cuestión relativa a las «personas desaparecidas», que aborda en estrecho contacto con el WGEID y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Aun cuando el Estado no sea ni el autor ni el instigador de la desaparición, también existen obligaciones positivas del Estado en materia de investigación y persecución. Actualmente, el comité ha iniciado una reflexión sobre la responsabilidad de los actores no estatales, en particular en el marco de entidades autoproclamadas o de beligerantes en un conflicto no estatal. Igualmente, en ocasiones la frontera es tenue en el caso de los elementos paramilitares y el crimen organizado, del mismo modo que en lo que se refiere a la trata de seres humanos y al fenómeno de las migraciones clandestinas. En todas estas materias, tanto el Comité de Desapariciones Forzadas como el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias se han asociado desde el principio al CICR para hacer una reflexión conjunta. Dejando bien sentada la importancia de una definición estricta y de una imputación precisa del crimen de desaparición forzada, las instancias de las Naciones Unidas no pueden quedar indiferentes a tantos dramas como los que se producen en la frontera de México o en el Mediterráneo.

Pero, además del tipo básico del crimen de desaparición forzada como delito específico, la Convención prevé igualmente en el artículo 5 una incriminación agravada: «la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable». Pasamos así de «la» desaparición forzada a «las» desapariciones forzadas en un cambio de escala y de calificación, aunque sin duda hay que precisar las nociones de «práctica generalizada» y «práctica sistemática». En cualquier caso, la Convención obliga a los Estados a adoptar ese doble grado de responsabilidad, previendo incriminaciones y escalas de diferentes penas.

Hará falta igualmente que, a la mayor brevedad, el comité realice un estudio de Derecho Comparado para facilitar la tarea de los Estados, recogiendo buenas prácticas e incluso elaborando modelos de incriminación («leyes-tipo») que se correspondan con los grandes sistemas jurídicos. Más allá del aspecto represivo con la definición del crimen, la Convención prevé efectivamente numerosas medidas concretas de implementación y de cooperación jurídica. La transposición no puede contentarse con el aspecto penal, dado que ciertas disposiciones poseen un carácter civil, en particular las que se refieren a los datos

de carácter personal (art. 19), la situación legal de los desaparecidos (art. 24.6) o la identidad de los menores (art. 25.4).

El artículo 25 de la Convención, que se refiere a los menores desaparecidos, es sin duda uno de los más innovadores. Contempla el fenómeno del secuestro de niños o su adopción falseando su «verdadera identidad» en un contexto particularmente dramático, cuando sus mismos padres han sido sometidos a desaparición forzada. La Convención pretende buscar las familias, incluso valiéndose de los progresos del ADN, aunque siempre respetando el «interés superior del menor». Para las víctimas es un derecho que no puede extinguirse con el paso tiempo. El artículo 35 de la Convención limita la competencia del comité «a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención», no obstante lo cual nada de lo dispuesto en ella puede afectar a las disposiciones más favorables recogidas en el Derecho Internacional en vigor para el Estado miembro (art. 37). Es el caso en particular de las disposiciones de la Convención que se refieren a los derechos de las víctimas, como los artículos 24 y 25. El comité ha establecido que las obligaciones jurídicas de la Convención se aplican en la actualidad a todos los Estados miembros, aun cuando todavía no haya tenido ocasión de resolver todos los conflictos particulares que puedan darse en esta materia, tal y como precisó en la declaración relativa al alcance de su competencia *ratione temporis* en relación con el examen de los informes presentados por los Estados (art. 29), declaración que fue adoptada en noviembre de 2013, al finalizar el quinto periodo de sesiones.

Si la Convención no precisa de manera detallada la noción de «víctima», la definición engloba a «la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada» (artículo 24.1). Al comité le corresponde aplicar la definición en toda su extensión, a fin de englobar no solo a los miembros de la familia, sino también a los allegados sin discriminación. El comité también ha de ocuparse de la noción de «grupos vulnerables», en particular mujeres y niños, como continuación a las recientes observaciones del WGEID adoptadas en este sentido en 2012. Como el conjunto de los mecanismos de las Naciones Unidas, el comité ha de estar muy atento a los riesgos de intimidación, amenazas y represalias de que puedan ser objeto los defensores de derechos humanos, las familias, los allegados y los testigos. La Convención prevé expresamente medidas de protección y medidas provisionales en el marco de los procedimientos de denuncia, pero el comité está muy preocupado por la efectividad de esas medidas sobre el terreno.

La aplicación y la interpretación de la Convención se llevarán a cabo con el tiempo y, una vez que se hayan establecido las primeras directrices para guiar a

los Estados en la transposición de las obligaciones nacidas de la Convención, le corresponderá al comité la elaboración de las observaciones generales, suministrando una interpretación autorizada de la Convención. Desde este momento, el comité puede apoyarse en los resultados del grupo de trabajo, y, aunque los referentes no sean los mismos y aunque el comité sea el primer guardián de la Convención, un imperativo de seguridad jurídica debe guiar a todos los expertos a fin de reforzar la coherencia del Derecho. La Convención es un instrumento sofisticado, como dijimos, razón de más para evitar los espejismos, las ambigüedades y las contradicciones, y dar plena eficacia a su contenido.

Las funciones del comité

Es en el marco de un cuadro jurídico claro y riguroso donde el comité debe ejercer una misión protectora, animado por una cultura de la urgencia y dando prioridad a las víctimas —*victims oriented and conducted in a timely manner*—, por retomar en otro contexto una fórmula del Consejo de Derechos Humanos. La Convención no se contenta con retomar herramientas habituales de los órganos convencionales, sino que las moderniza teniendo en cuenta las mejores experiencias.

Es el caso del sistema de informes, que resulta muy abierto. El primer ciclo de informes presentados por cada Estado «relativo a las medidas que hayan adoptado para cumplir con las obligaciones que han contraído en virtud de la presente Convención» (art. 29) permitirá hacer un inventario completo de la situación en Derecho Comparado. Sobre esta base puede establecerse un diálogo continuo con cada Estado al ritmo adecuado, tanto si se trata de explicaciones complementarias que se deben suministrar en el plazo de un año sobre cuestiones prioritarias, o de una puesta al día más sistemática de las informaciones de base prevista para un periodo de seis años. Corresponderá al comité la puesta a punto de métodos de trabajo flexibles, específicos y reactivos para ir a lo esencial, evitando la banalización y la burocratización de los informes periódicos que un autor ha creído adecuado presentar como meros «informes administrativos».

El comité ha puesto ya en práctica una metodología precisa y transparente para examinar los informes de los Estados miembros, utilizando plenamente los recursos de la informática. En cuanto un informe es enviado, se le da publicidad en la web del comité, al mismo tiempo que los informes alternativos presentados por las ONG o las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, si los hubiera. El comité prepara «listas de cuestiones» (*list of issues*) para cen-

trar el diálogo constructivo con el Estado. En la medida de lo posible, estas listas se adoptan y publican seis meses antes de la presentación del informe, lo que permite que tanto el Estado implicado como la sociedad civil tengan tiempo para prepararse. El diálogo constructivo, dirigido por dos correlatores, se articula alrededor de los dos grandes aspectos de la Convención. Tiene lugar con ocasión de dos sesiones públicas del comité, que van precedidas de encuentros privados con las ONG y finalizan con la adopción de las observaciones finales. Esta metodología clásica, puesta a punto con los informes de Uruguay y Francia y los de Argentina y España, proseguirá con los otros informes recibidos. Así pues, con ocasión de la quinta sesión en noviembre de 2013, las listas de cuestiones se han adoptado para Alemania y los Países Bajos y se han designado los equipos de relatores para Bélgica, Armenia y Paraguay.

Resta decir que la presentación de un informe «en el plazo de 2 años» desde la entrada en vigor de la Convención, que constituye una obligación jurídica para los Estados miembros, es la condición básica para obtener información sobre el grado de cumplimiento y poder hacer una evaluación sobre la transposición de la Convención en el Derecho Interno, lo que obliga a adoptar medidas complejas de Derecho Penal y de Derecho Civil. Es forzoso constatar que tan solo se han remitido nueve informes al comité, aunque algunos otros ya se hayan «anunciado». Esta situación dificulta sobremanera la organización del trabajo del comité, que ha de poder planificar sus futuras sesiones para permitir un examen rápido de los informes recibidos, pero, sobre todo, para tener una visión de conjunto y estar en disposición de solicitar unas semanas suplementarias a fin de evitar situaciones de acumulación... Más allá de tales aspectos prácticos, se plantea una cuestión crucial cuando un Estado cuya situación es preocupante tarda en cumplir su obligación convencional de enviar un informe, que es a la vez una obligación de medio y de resultado. ¿No haría falta, en este caso, adoptar una actitud preventiva y examinar la situación de manera prioritaria, con informe o sin él? Respetando la igualdad de los Estados y evitando los dobles raseros, el comité está obligado a establecer prioridades para ajustar sus medios a las situaciones de crisis o urgencia. Una falta de respuesta por parte del Estado, una vez agotados todos los esfuerzos diplomáticos, ¿no puede ser considerada una forma de respuesta?

Pero, aparte de la obligación básica que constituyen los informes, los Estados pueden aceptar la competencia del comité para recibir comunicaciones individuales (art. 31) o estatales (art. 32). No obstante, es forzoso reconocer que el conjunto de los Estados miembros todavía no han aceptado tales procedimientos. No podemos más que alentar a todos los Estados a formular esas declaraciones facultativas para perfeccionar su compromiso. Se trata de una prioridad

del comité, paralelamente al imperativo de ratificación universal. En un plano más concreto, el comité deberá precisar las condiciones clásicas de admisión de las peticiones individuales, adaptándolas a la situación tan particular que constituye la desaparición forzada: la reclamación, «presentada por personas que alegan ser víctima de una violación, o en nombre de ellas», deberá tener en cuenta la presunción del consentimiento del interesado cuando son los parientes o allegados o asociaciones de derechos humanos quienes ejerciten la acción.

En relación con la condición de que la comunicación «no se está tratando en otra instancia internacional de examen o arreglo de la misma naturaleza» habrá que precisar la articulación de los recursos internacionales. Esto vale primero para los recursos relativos a las Naciones Unidas, en tanto que el nuevo procedimiento de comunicación constituye una nueva «ventanilla» que completa los de otros órganos convencionales, como por ejemplo el Comité de Derechos Humanos —que posee ya una jurisprudencia importante en materia de desapariciones forzadas—, pero también vale para los mecanismos temáticos, con el grupo de trabajo al frente, sin contar con el procedimiento confidencial establecido por la Resolución 1503 como procedimiento de «queja» desde la reforma de 2006. Si la víctima no está familiarizada con el complejo sistema de las Naciones Unidas ni guiada por una ONG, y dirige una comunicación como quien deposita una botella en el mar, es el secretariado el que desempeña un papel decisivo de «oficina de despacho» orientando la reclamación en una dirección u otra. De ahí la importancia práctica del acceso al sitio web del comité y de que la información técnica suministrada en los folletos informativos sea comprensible. El comité recibió en 2013 una primera comunicación al amparo del artículo 31 que transmitió al Estado cuestionado, y la respuesta del Estado será ella misma transmitida al autor de la comunicación antes del examen de fondo por el comité, que confió en que sea exhaustivo y rápido. El comité, que no va «retrasado», debe ser ejemplar en este aspecto como en los demás, sin caer en el modelo de otros comités que invierten un promedio de dos años y medio en tratar un expediente.

Junto a esos medios clásicos, el comité posee poderes inéditos en materia de informes y de quejas. Efectivamente, puede «examinar, de manera urgente, toda petición presentada por los allegados de una persona desaparecida, sus representantes legales, sus abogados o las personas autorizadas por ellos, así como todo aquel que tenga un interés legítimo, a fin de que se busque y localice a una persona desaparecida» (art. 30.1). Esta acción urgente concierne a todos los Estados miembros, contrariamente a los artículos 31 y 32, que precisan de una declaración facultativa. La intervención del comité ha de ser rápida para mantener las posibilidades de éxito, puesto que la experiencia del grupo

de trabajo muestra que las mejores posibilidades de salvar a la persona desaparecida se dan sobre todo en los días inmediatos a haberse producido la desaparición. El comité actúa de manera confidencial respetando el principio contradictorio, pero el balance de tales actividades no se hace público hasta su informe anual a la Asamblea General. Así, el segundo informe revela diversos casos relativos al artículo 30 que conciernen a México. Otros casos, que no superaron el trámite de admisión, no se han relacionado. Cuando la denuncia se dirige al grupo de trabajo y este acepta encargarse del examen de un caso, el comité considera a fines prácticos que su propia intervención no haría más que embrollar el mensaje dirigido al Estado, por lo que evita multiplicar los interlocutores para no arriesgarse a perder un tiempo precioso para las víctimas.

Junto a la reacción rápida a esos llamamientos urgentes y a la puesta en marcha efectiva del seguimiento —imponiendo obligaciones precisas a los Estados en contrapartida a los poderes más limitados del grupo de trabajo, que desarrolla su labor en un marco humanitario—, habrá que clarificar las respectivas competencias que en esta materia tienen el comité y el grupo de trabajo, a fin de evitar tanto las lagunas de intervención como la doble actuación. El procedimiento deberá ser claro, simple, accesible para las víctimas y eficaz, y no convertirse en un matorral jurídico. Si la familia de una persona desaparecida elige conscientemente una de estas dos instancias conviene respetar su voluntad, pero se plantea una cuestión inédita cuando la fuente se dirige simultáneamente a ambos organismos pidiendo intervenciones paralelas. En mi opinión, también aquí se ha de respetar esa voluntad.

Ante situaciones excepcionales, el comité puede actuar por sí mismo sobre la base de «información fidedigna que revele violaciones graves de las disposiciones de la presente Convención», y solicitar al Estado implicado la realización de una visita sobre el terreno, de acuerdo con el artículo 33. La cooperación del Estado es sumamente deseable para permitir la visita y disipar las sospechas, si ello es posible. Pero, aunque la Convención no lo precise expresamente, la imposibilidad de realizar la visita por la negativa del Estado implicado no impedirá que el comité investigue desde el exterior del país, reciba documentación y testimonios, y elabore un informe sobre la situación que incluya sus «observaciones y recomendaciones» a fin de proporcionar al Estado una nueva ocasión de responder de manera constructiva. En cualquier caso, el comité nunca admitirá como respuesta la negativa a cooperar y, por supuesto, mucho menos como un subterfugio para cerrar el procedimiento previsto en el artículo 33.

A mayor abundamiento, el comité dispone de un último instrumento, totalmente inédito para un órgano convencional. El artículo 34 le permite «someter la cuestión, con carácter urgente, a la consideración de la Asamblea General

de las Naciones Unidas». Nada indica que el artículo 33 sea un paso obligado hacia el artículo 34 y, en función de las circunstancias de tiempo y lugar, es perfectamente imaginable un recurso directo a la Asamblea General. Pero, sin duda, sería útil agotar previamente todas las formas de diálogo antes de llegar a tal extremo. La convocatoria de una sesión extraordinaria del comité, que permitiera a todas las partes implicadas expresarse públicamente, constituiría un paso decisivo para permitir al Estado cuestionado demostrar su cooperación aceptando una investigación efectiva sobre el terreno. Sin anticipar lo que pueda suceder en crisis futuras, debe quedar claro que el comité entiende que debe ejercer sus deberes y sus responsabilidades con plena conciencia, con plena independencia y con plena imparcialidad.

Pero el comité no está solo. Una de sus misiones es integrarse plenamente en el panorama internacional, interactuar con las otras instancias competentes en materia de derechos humanos así como con el conjunto de las partes implicadas, tanto Estados como ONG. La Convención prevé una relación directa entre el comité y la Asamblea General, puesto que el presidente del comité ha de presentar anualmente un informe de actividad ante la tercera comisión, al mismo tiempo que el presidente relator del WGEID. Ese lazo directo así establecido con la Asamblea General destaca el carácter innovador del comité, que ha de tener un papel original en la prevención, supervisión y alerta temprana a fin de transformar las virtualidades técnicas de la Convención en mecanismos eficaces. En el espíritu del comité, su misión no es convertirse en una sinecura o un mero órgano burocrático. Su función es estar plenamente en acción para reforzar las garantías nacionales y proteger a todas las víctimas en todos los lugares donde ello sea posible. Su misión procede de la Convención, lo que es una limitación porque se limita a las obligaciones voluntaria y soberanamente asumidas por los Estados miembros, pero también constituye su fuerza, porque está anclada en un derecho vivo.

La experiencia del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas en la lucha contra las desapariciones forzadas, con una mirada particular sobre la cuestión de los niños implicados*

Olivier de Frouville

El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas fue creado en 1980 como «procedimiento temático» del Consejo de Derechos Humanos. Este órgano, compuesto por cinco expertos independientes¹ designados por el Consejo,² ha representado durante más de treinta años uno de los únicos recursos para miles de familias de desaparecidos que buscaban la verdad sobre el destino de sus allegados, aun a riesgo de ser perseguidos por los Estados responsables de esas desapariciones. El grupo de trabajo ha estado en la vanguardia en la identificación del fenómeno al principio de los años ochenta y en la definición de su régimen jurídico, reflexión que contribuirá, sucesivamente, a la adopción de la Declaración para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, el 18 de diciembre de 1992, y de la Convención para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, el 20 de diciembre de 2006. Desde su creación, ha tramitado 53.778 casos individuales en relación con Estados situados en todas las regiones del mundo. Durante los últimos cinco años ha aclarado 448 casos, pero aún tiene pendientes más de 42.000 casos.

Con la entrada en vigor de la Convención, en 2010, se ha creado un nuevo Comité sobre Desapariciones Forzadas. El grupo de trabajo y el comité son órganos plenamente complementarios; mientras que la competencia del comité se limita a los Estados miembros, el grupo de trabajo puede abordar cualquier situación en el mundo; asimismo, mientras que el comité no puede ocu-

* Traducción del francés de Jordi Plana.

¹ Uno por «región», tal como se entienden estas en el sistema de las Naciones Unidas, a saber: África, América Latina y el Caribe, Asia, Europa del Este, Europa del Oeste y «otras».

² Según el procedimiento de designación definido en la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos, 25 de marzo de 2011.

parse más que de los casos individuales iniciados antes de la entrada en vigor de la Convención para los Estados implicados, el grupo de trabajo continuará examinando los casos surgidos antes de la entrada en vigor de la Convención. Y en cuanto a su cometido, al comité le corresponde emitir sus conclusiones jurídicas sobre el respeto de los Estados por las disposiciones de la Convención, mientras que el grupo de trabajo se limita a determinar el destino de la persona desaparecida.

Antes de explicar en qué consiste el mandato y los métodos de trabajo del grupo —así como la evolución de estos métodos con el tiempo— me gustaría hacer un poco de historia y volver a los antecedentes del grupo de trabajo y en especial a sus primeros años, que han guiado toda la actividad y la reflexión desarrolladas después. Finalmente me referiré al modo en que el grupo de trabajo ha enfocado la difícil cuestión de los niños víctimas de desapariciones forzadas.

Los antecedentes del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias

La cuestión de las desapariciones forzadas ha sido abordada por la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General de las Naciones Unidas desde 1975, en relación con la situación de los derechos humanos en Chipre y Chile.

En su resolución 3450 (xxx) del 9 de diciembre de 1975, la Asamblea General, reafirmando «la necesidad humana fundamental para las familias de Chipre de ser informadas en relación con sus miembros desaparecidos», «ruega al secretario general hacer todos los esfuerzos, en estrecha cooperación con el Comité Internacional de la Cruz Roja, para encontrar el rastro y conocer la suerte de los desaparecidos en el conflicto armado de Chipre». En 1977, la Asamblea General expresa en una nueva resolución³ su preocupación por «la ausencia de progresos para recuperar el rastro y conocer el paradero de las personas desaparecidas en Chipre» e insta a las partes a llevar a término las negociaciones con vistas a constituir una comisión mixta encargada de encontrar a los desaparecidos.

A propósito de Chile, en su resolución 3448 (xxx) del 9 de diciembre de 1975, la Asamblea General expresa su «profunda angustia ante las violaciones constantes y flagrantes de los derechos humanos, incluyendo la práctica institucio-

³ Res. 32/128, 16 de diciembre de 1977. Véanse también las Res. 33/172, del 20 de diciembre de 1978, y 36/164 del 16 de diciembre de 1981.

nalizada de la tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, arrestos, detenciones y exilio arbitrarios» y pide a las autoridades chilenas que «adopten sin tardar todas las medidas necesarias» y en particular que velen para que «los derechos de todo individuo a la libertad y a la seguridad de su persona, en particular los derechos de las personas arrestadas sin acusación o encarceladas por razones exclusivamente políticas, derechos definidos en el artículo 9 del pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, estén plenamente garantizados y sean adoptadas medidas para clarificar la situación de las personas desaparecidas».

Al hacerse cada vez más evidente la existencia en Chile de personas víctimas de «desapariciones forzadas» (sin que en ese momento todavía se utilizara esta denominación),⁴ la Asamblea General reacciona más directamente frente a esa situación de 1975 mediante su resolución 31/124 del 16 de diciembre de 1976 sobre la «Protección de los Derechos Humanos en Chile», en la que expresa su «profunda indignación» en particular respecto de la «desaparición de personas por razones políticas» y pide a las autoridades chilenas que «aclararen inmediatamente la situación de las personas cuya desaparición es imputable a razones políticas». En 1977, la atención de la Asamblea General sobre esta cuestión no hace más que aumentar, como demuestra el hecho de que se dediquen a esta cuestión diversos párrafos de su resolución anual:

2. Expresa en particular su inquietud y su indignación ante el hecho de que continúan desapareciendo personas, lo que, según las pruebas disponibles, es imputable a razones políticas, y ante el rechazo de las autoridades chilenas de aceptar la responsabilidad o de rendir cuentas de ese número elevado de desapariciones, o incluso de iniciar una investigación adecuada en relación con los casos sometidos a su consideración.
3. Deplora, en relación con ello, la forma insatisfactoria con que las autoridades chilenas han buscado descargarse de los compromisos que habían adoptado ante el secretario general, que actuaba conforme al mandato que la Asamblea General le había conferido en su resolución 31/124, en lo que concierne a los

⁴ El 21 de agosto de 1974, en su Res. 8 (xxvii), la subcomisión de lucha contra las discriminaciones y la protección de las minorías (Subcomisión de Derechos Humanos) recomendó a la Comisión de Derechos Humanos el estudio de la cuestión de la violación de los derechos humanos en Chile. Siguiendo dicha recomendación, la Comisión, en su Res. 8 (xxxii) del 27 de febrero de 1975, decidió la creación de un grupo de trabajo compuesto por cinco miembros de la Comisión «encargado de iniciar una investigación relativa a la situación existente en la actualidad en Chile por lo que se refiere a los derechos humanos». El grupo de trabajo remitió un informe preliminar a la Asamblea General en octubre de 1975 (A/10285), y posteriormente su informe anual a la Comisión en febrero de 1976 (E/CN.4/1188). El informe da cuenta de la cuestión de las personas desaparecidas, págs. 27 y ss.

parientes desaparecidos de ciudadanos chilenos que han llamado la atención sobre su situación realizando una huelga de hambre en la sede de la Comisión Económica para América Latina [...].

6. Exige que las autoridades chilenas pongan fin inmediatamente a las prácticas de arrestos secretos inadmisibles y a la subsiguiente desaparición de personas cuya detención es negada sistemáticamente o no es nunca reconocida, y que clarifiquen inmediatamente la situación de dichas personas.⁵

En 1978, la Asamblea reitera su profunda preocupación sobre esta cuestión en su resolución 33/175 del 20 de diciembre y, aun recomendando a la Comisión de Derechos Humanos el nombramiento de un relator especial para reemplazar al grupo de trabajo creado en 1975, le ruega igualmente «examinar en su 35.^a sesión los medios más eficaces para esclarecer el destino de las personas desaparecidas o señaladas como desaparecidas en Chile, así como sobre el lugar donde se encuentran, teniendo en cuenta las opiniones expresadas al efecto por el grupo de trabajo especial en su informe». Como consecuencia, en su resolución 11 (xxxv) del 6 de marzo de 1979 la comisión decidió nombrar un relator especial sobre Chile y dos expertos independientes sobre la cuestión de las personas desaparecidas.⁶

En su resolución 34/179 del 17 de diciembre de 1979⁷ consagrada a Chile y adoptada el mismo año, la Asamblea General acoge el informe del experto independiente y condena en unos términos particularmente firmes el fenómeno de las «personas desaparecidas» en Chile, designándolo como una «situación continua de violaciones flagrantes y masivas de los derechos humanos», al tiempo que subraya la responsabilidad que tienen las autoridades chilenas de perseguir a los autores:

6. Se declara profundamente preocupada porque, si bien ha tomado nota de que no se han señalado casos de desapariciones en Chile entre 1978 y 1979, el hecho de que se sigue sin encontrar pistas del número de personas señaladas como desaparecidas entre septiembre de 1973 y el final de 1977 acredita una situación continuada de violaciones flagrantes y masivas de los derechos humanos.
7. Ruega urgentemente a las autoridades chilenas investigar y aclarar el destino de las personas que hubieran desaparecido por razones políticas, que se infor-

⁵ Res. 32/118, 16 de diciembre de 1977.

⁶ El presidente de la Comisión nombró a Félix Ermarcora y Waleed Sadi, pero este último informó por carta de su imposibilidad de cumplir tal mandato. Así pues, Ermarcora redactó solo el estudio, publicado como anexo del informe especial de noviembre de 1979: A/34/583/Add.1.

⁷ Véase también la Res. 35/188 del 15 de diciembre de 1980.

me a las familias de los resultados obtenidos, que se inicien persecuciones contra los responsables de esas desapariciones y se castigue a los culpables.

Mientras tanto, siempre en 1978, la Asamblea General adopta una resolución específica consagrada a la cuestión de las «personas desaparecidas», la resolución 33/173 del 20 de diciembre de 1978. En dicha resolución, la Asamblea General formula una descripción precisa del fenómeno sobre la base de observaciones empíricas efectuadas hasta entonces. Destaca igualmente la obligación de los Estados de reprimir esta práctica, lo que muestra a las claras que la calificación de crimen o infracción penal no deja ya lugar a dudas:

I. Pide a los Gobiernos:

- b) Velar porque las autoridades u organismos encargados del orden público y de la seguridad deban responder enteramente, en particular ante la ley, del modo en que cumplen sus deberes, estando extendida dicha obligación a la responsabilidad legal en caso de excesos injustificables que conducirían a la desaparición forzada o involuntaria de personas y otras violaciones de los derechos humanos.

Seguidamente a esta resolución, y por iniciativa de Antonio Cassese y Nicole Questiaux, la subcomisión emite su resolución 5B (xxxii) del 5 de septiembre de 1979, en la que recomienda la creación de un grupo de expertos encargado de examinar la cuestión de las desapariciones forzadas. Un año más tarde, Francia presenta un proyecto de resolución dirigido a la creación, por el periodo de un año, de un grupo de trabajo de cinco miembros encargado de examinar la cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. El proyecto recibe la adhesión de los Estados del grupo occidental, pero el bloque socialista se opone, denunciando una iniciativa contraria al artículo 2.7 de la Carta. Finalmente se consigue reunir un número suficiente de apoyos en el Grupo de No Alineados, y la resolución 20 (xxxvi) se adopta por consenso el 29 de febrero de 1980. En su resolución, el comité precisa que, en ejecución de su mandato, el grupo de trabajo solicitará y recibirá información de los Gobiernos, las organizaciones intergubernamentales, las organizaciones humanitarias y otras fuentes creíbles. Invita igualmente al grupo de trabajo a ser capaz de reaccionar eficazmente frente a la información de que se le dará cuenta y de ejecutar su tarea con discreción.

Se trata del primer procedimiento de la Comisión de Derechos Humanos designado como «temático», una fórmula llamada a tener un gran seguimiento, como sabemos hoy. El grupo de trabajo trazaba así un camino que iba a ser se-

guido por otros grupos de trabajo o relatores especiales. No obstante, conserva cierto número de especificidades, pero el principio de base continúa siendo el mismo: es un órgano compuesto por expertos independientes que trabajan a título facultativo y que posee una autonomía organizativa suficiente para definir sus propios procedimientos. Los procedimientos especiales tienen normalmente una función de protección y de indagación, aunque también pueden centrarse en funciones de investigación o de elaboración de normas. Pero la independencia es, por encima de todo, la clave de su credibilidad y su eficacia.

Los primeros años del grupo de trabajo

Desde sus primeros informes, el grupo de trabajo fija los grandes parámetros relativos a la puesta en marcha de su mandato, parámetros que todavía hoy siguen siendo válidos. Además de recibir alegaciones relativas a las desapariciones —bajo la forma de miles de cartas que le envían principalmente las familias de las víctimas—,⁸ se comunica con las delegaciones gubernamentales en Ginebra, les transmite las alegaciones recibidas, y pide a las delegaciones que acudan a explicarse ante él.⁹ El grupo planea visitar «ciertos países en cuestión», lo cual prefigura la práctica de las «visitas» sobre el terreno.¹⁰ Al instituirse como «canal de comunicación» entre las familias y los Gobiernos¹¹ se convierte en una especie de intermediario, de «mediador», pero también de caja de resonancia, porque toda su actividad relativa a los casos de desapariciones forzadas es

⁸ E/CN.4/1492, párrs. 31 y 32: «El grupo de trabajo ha examinado los informes referidos a la desaparición de unas 2.100 personas y ha transmitido a los Gobiernos comunicaciones relativas a la desaparición de unas 1.950 personas [...]. El presente informe contiene datos sobre las desapariciones forzadas o involuntarias señaladas en cierto número de países [...]: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Chipre, El Salvador, Etiopía, Guatemala, Guinea (República Popular Revolucionaria), Honduras, Indonesia, Irán, Leshoto, Méjico, Nicaragua, Uganda, Sri Lanka, Uruguay, Zaire [...], África del Sur y Namibia». El grupo de trabajo observa ya —tal como continúa haciendo en la actualidad— que «han podido producirse desapariciones en otros países, pero por razones diversas no le ha llegado al grupo la información relativa a estas, si existe. Además, el número de casos informados a la Organización de las Naciones Unidas podría ser menor e incluso mucho menor que el número real de desapariciones en un país concreto».

⁹ E/CN.4/1435, párr. 35.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 8. La primera visita del grupo de trabajo tendría lugar en México en enero de 1982: E/CN.4/1983/14, párr. 19.

¹¹ *Ibidem*, párr. 33: «Con el objeto de obtener aclaraciones acerca de las informaciones que había recibido relativas a las desapariciones forzadas o involuntarias, el grupo decidió transmitir las al Gobierno del país inculpativo sin pronunciarse sobre su veracidad o fundamentación, rogando a aquel comunicar cualquier información u opinión que juzgara útil, de acuerdo con la resolución 20 (XXXVI) de la Comisión y con la decisión 1980/128 del Consejo Económico y Social».

resumida y detallada en el informe público que remite cada año a la Comisión. En dicho informe, el grupo de trabajo analiza con el mayor detalle los casos recibidos¹² país por país, pone de manifiesto las constantes y patrones (*patterns*) y establece las listas de centros secretos de detención.¹³ Mediante anexos reproduce las intervenciones de las asociaciones de familias durante las sesiones, así como las respuestas de los Gobiernos —y en particular del Gobierno argentino, particularmente vehemente al negar en detalle toda implicación en las «pretendidas» desapariciones.

Desde su primer informe, igualmente, el grupo de trabajo se basa en el párrafo de su resolución constitutiva que le exige actuar de manera eficaz para adoptar un procedimiento de acción urgente, y delega en su presidente relator la obligación de transmitir los nuevos casos directamente «por telegrama» para «pedir informaciones y asistencia al Gobierno implicado a fin de localizar a la persona o personas en cuestión».¹⁴

Ante todo, el grupo es consciente de la importancia de tal procedimiento, que se hace eco de la idea de un hábeas corpus a escala internacional propuesta con anterioridad por la Subcomisión de Derechos Humanos:

Gracias a esto, desde que el grupo existe, todos aquellos que por todo el mundo proyectaban encarcelar o hacer desaparecer a quien fuera habrán quizás entendido que, a través del grupo, la comunidad internacional mantiene permanentemente los ojos abiertos para actuar con prontitud, la necesaria para salvar vidas humanas.¹⁵

Y, en su segundo informe, el grupo de trabajo subraya la utilidad de este nuevo procedimiento, no solo para el grupo, sino para la ONU en general:

En relación con las demandas de información sobre casos recientes de desaparición, el grupo puede afirmar haber obtenido ciertos resultados en colaboración con otras personas u organizaciones que se ocupan de los casos en cuestión. El procedimiento de urgencia descrito el año pasado se ha utilizado de nuevo cuando el grupo ha recibido informaciones dignas de crédito referidas a desapariciones. Los Gobiernos han respondido precisando que la persona concernida estaba detenida o, en algunos casos, puesta ya en libertad. Al parecer, este procedimiento ha salvado vidas humanas, y cabe esperar que tendrá igualmente un efecto di-

¹² *Ibidem*, párrs. 49 y ss. Análisis de unos quinientos casos presentados directamente por particulares.

¹³ *Ibidem*, párr. 58.

¹⁴ E/CN.4/1435, párr. 10.

¹⁵ *Ídem*.

suasivo e impedirá que se produzcan desapariciones. Iniciativas como esta contribuyen a hacer respetar el más fundamental de todos los derechos humanos: el derecho a la vida.¹⁶

Al empezar a realizar esta función de examen de las comunicaciones, el grupo de trabajo se encontró enseguida frente a un dilema: ¿debía desempeñar un papel cuasi jurisdiccional como el Comité de Derechos Humanos, que, en esa misma época, comenzaba a entregar sus primeras «constataciones» acerca de los casos de desapariciones forzadas en Uruguay, o debía perseguir ante todo una finalidad práctica, a saber, la localización de las personas desaparecidas?

El grupo de trabajo ha tomado nota de que, a los ojos de muchos, ciertos Gobiernos deberían reconocer su responsabilidad en las desapariciones y asumir las consecuencias. Igualmente ha recibido numerosos llamamientos, tan conmovedores como elocuentes, en los que se le pide ayudar a descubrir lo que ha sucedido con las personas desaparecidas. En el estado actual de sus conocimientos, es esta última visión humanitaria la que se ha impuesto. Así, en el presente informe, el grupo se ha abstenido de formular juicios o imputar responsabilidades. Se verá que no ha expresado más que un pequeño número de conclusiones y recomendaciones.¹⁷

Desde entonces y hasta hoy, el grupo ha continuado calificando su mandato, con respecto a las comunicaciones individuales, de mandato «humanitario». Esta opción se basa en la constatación de que la primera preocupación de las víctimas es recibir informaciones sobre sus allegados. La cuestión de la responsabilidad del Estado, o de los autores de las desapariciones forzadas, viene en segundo lugar. Esto no significa que el derecho a la verdad haya prevalecido sobre el derecho a la justicia o sobre el derecho a la reparación. El grupo de trabajo tiene, al respecto, un enfoque pragmático y no jurídico: busca ante todo poner término al sufrimiento causado por la incertidumbre sobre el destino del desaparecido. No obstante, como se verá, no por ello renuncia a recordar a los Estados sus obligaciones jurídicas internacionales.

Finalmente, desde sus primeros informes el grupo de trabajo ha identificado un gran número de problemas que no solo inspirarán los ejercicios normativos posteriores, sino que también nutrirán su reflexión sobre el fenómeno durante más de treinta años.

¹⁶ E/CN.4/1492, párr. 7.

¹⁷ E/CN.4/1435, párr. 9. Véase también E/CN.4/1492, párr. 5.

La cualidad de víctima se establece no solamente respecto al desaparecido, sino también respecto a las familias de los desaparecidos.¹⁸ Se trata de un punto fundamental que se consagrará finalmente en el artículo 24 de la Convención para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo que deroga la distinción entre lo que en ocasiones se designó como «víctimas directas» y «víctimas indirectas». Las familias o los allegados son víctimas «directas» de la desaparición forzada, en el sentido de que la desaparición forzada viola sus derechos y les produce un perjuicio tanto material como moral.

El grupo confecciona también la lista de los derechos violados por la desaparición forzada,¹⁹ que cubre todas las categorías de derechos: civiles, económicos, políticos, sociales y culturales.²⁰ Dicha lista sigue vigente en la actualidad, y se verifica tanto en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos como en la de la Corte Interamericana o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los dos primeros informes identifican igualmente tres problemas fundamentales: la cuestión de los niños, de la que volveremos a hablar más adelante;²¹ el carácter central del hábeas corpus como garantía contra la desaparición forzada, y la dimensión transnacional de ciertas prácticas de desapariciones forzadas.²²

En relación con este último punto, el grupo de trabajo identifica todos los elementos que revelan la existencia de una empresa criminal común cuyo nombre en clave se desconocía todavía: el plan Cóndor. Un plan de cooperación entre servicios de información de diversos países de América Latina dirigido a la eliminación de los opositores a las dictaduras militares constituidas. Mucho

¹⁸ VE/CN.4/1435, párr. 187.

¹⁹ E/CN.4/1435, párrs. 184-187.

²⁰ El impacto de la desaparición forzada sobre los derechos económicos, sociales y culturales fue constatado por el grupo de trabajo desde su primer informe: E/CN.4/1435, párr. 187.

²¹ *Ibidem*, párrs. 63 y ss.

²² E/CN.4/1435, párr. 173: «El grupo ha recibido numerosas comunicaciones acerca de casos de desaparición forzada o involuntaria de personas en las que estarían implicados miembros de los servicios de seguridad de más de un país. Gran parte de dichas comunicaciones conciernen a nacionales uruguayos residentes en Argentina detenidos o secuestrados por miembros de los servicios de seguridad argentinos que, en algunos casos, actuaban de acuerdo con miembros de los servicios de seguridad uruguayos; determinadas personas detenidas habrían sido o bien deportadas al Uruguay o bien detenidas en centros secretos en Argentina, o habrían sido interrogadas por personal uruguayo. Una de dichas comunicaciones concierne a un nacional uruguayo secuestrado en Uruguay y trasladado posteriormente a Argentina a bordo de un avión militar argentino, para ser transferido más tarde a Uruguay. En el caso del arresto en Lima (Perú) de cinco nacionales argentinos que seguidamente desaparecieron, habrían colaborado los servicios peruanos y argentinos [...]. El caso mencionado más arriba de la reaparición en Chile de niños que habrían sido secuestrados con sus padres en Argentina forma parte probablemente del mismo cuadro». Véase también E/CN.4/1492, párr. 153.

más tarde, después del 11 de septiembre de 2001, veremos reaparecer el mismo tipo de desapariciones forzadas transnacionales, con «entregas extraordinarias» organizadas por la CIA en el contexto de la «guerra contra el terrorismo».²³

La evolución del mandato y de los métodos de trabajo del grupo

El mandato del grupo de trabajo no ha evolucionado mucho. La mayor parte del tiempo, la Comisión primero y el Consejo de Derechos Humanos después se han centrado en recordar sus anteriores resoluciones, sin modificar fundamentalmente la misión que se había confiado al grupo en la resolución inicial 20 (XXXVI). En efecto, como se verá, la Comisión ha confirmado el nuevo papel que el grupo de trabajo se proponía desarrollar en relación con la declaración adoptada en 1992. De cuando en cuando, la Comisión o el Consejo han podido igualmente confiar al grupo de trabajo mandatos más concretos, referidos por ejemplo a la realización de un estudio específico. La evolución es, pues, inherente al propio grupo de trabajo, que progresivamente ha elaborado sus métodos de trabajo, por propia iniciativa, y después los ha afinado y modificado de forma regular. Se trata de un proceso continuo, que trasluce la independencia del grupo de trabajo. Las bases de los métodos de trabajo se establecieron desde los primeros informes del grupo (véase *supra*). Los grandes principios se fijaron en 1985,²⁴ pero la primera versión consolidada de métodos de trabajo, que recopila el conjunto de las técnicas elaboradas hasta entonces, aparece por primera vez en 1988.²⁵

Me concentraré aquí en el estudio de los dos componentes principales del mandato: el mandato llamado «humanitario» y el mandato «normativo» o de seguimiento de la aplicación de la declaración de 1992. En conexión con tales mandatos se plantea el problema de la definición de los parámetros de la competencia del grupo de trabajo. Veremos ante todo algunos extremos al respecto, sin tener en cuenta aquellos aspectos que son comunes con otros procedimientos especiales temáticos, a saber, los procedimientos de llamados urgentes (en sentido general, *urgent actions* del grupo de trabajo en el marco de su procedimiento de examen de casos individuales) y los estudios temáticos específicos cuyo mandato el grupo de trabajo ha recibido específicamente o que ha

²³ Véase E/CN.4/2006/56, párr. 594, y el informe adjunto sobre la «detención secreta»: A/HRC/13/42, 19 de febrero de 2010.

²⁴ E/CN.4/1985/15, párrs. 73 y ss.

²⁵ E/CN.4/1985/19, párrs. 16 y ss.

realizado por propia iniciativa. Este último aspecto podría dar lugar al estudio de una contribución específica posterior.

La cuestión de la competencia

El grupo de trabajo se ha enfrentado a diversas cuestiones difíciles relativas a la determinación de su competencia.

En 1982, Irán reclamó la intervención del grupo de trabajo en la desaparición de 9.405 personas en el Oeste del Irán, en el contexto del conflicto entre Irán e Irak. El representante de la República Islámica de Irán hacía valer «que las actividades del grupo de trabajo en relación con las personas desaparecidas en Chipre habían establecido un precedente que justificaba en parte la demanda del Gobierno iraní». Pero el grupo de trabajo replicó que «ambos casos no son comparables en absoluto» y decidió solicitar la opinión de la Comisión sobre la cuestión». ²⁶ No obstante, el grupo de trabajo hubo de constatar, un año más tarde, que la Comisión no había respondido a su solicitud. Mientras tanto, el grupo de trabajo había recibido nuevas demandas semejantes respecto al conflicto de las Malvinas y el conflicto en el Sur del Líbano. Preocupado evidentemente por no sobrecargar su tarea de manera desmesurada, el grupo de trabajo consideró que «su mandato actual no lo autorizaba a investigar las desapariciones sobrevenidas en tales circunstancias, salvo instrucciones contrarias formuladas expresamente por la Comisión. Levantó acta de las peticiones de asistencia que había recibido en tres situaciones de conflicto armado internacional y archivó la información que le había sido presentada en los expedientes». ²⁷

En 2012, después de muchas discusiones, el grupo de trabajo decidió acabar con esta limitación impuesta a sus métodos de trabajo. Así pues, se declaró competente para conocer de cualquier caso de desaparición forzada, sea cual sea la naturaleza del conflicto armado en el contexto del cual se haya perpetrado dicha desaparición forzada. ²⁸

En 1986, el grupo de trabajo informó de que diversos Gobiernos le habían indicado que «ciertas organizaciones que operan en sus países deberían ser tenidas como responsables de distintos casos de desaparición». Por otra parte, el grupo de trabajo había recibido igualmente ofertas de cooperación por parte de entidades no gubernamentales. En respuesta, el grupo manifestó que tenía

²⁶ E/CN.4/1985/14, párrs. 118-120.

²⁷ E/CN.4/1984/21, párr. 20.

²⁸ A/HRC/19/58/Rev.1, párr. 4.

como «principio no dirigirse a esas organizaciones para investigar sobre los casos de desaparición, que en virtud de las reglas del derecho internacional son responsabilidad exclusiva de los Gobiernos, sea cual fuere la identidad de las personas presuntamente culpables en esos casos precisos».²⁹ Esta postura se ratificó en la descripción que el preámbulo de la declaración de 1992 formula de la desaparición forzada como un acto perpetrado por agentes del Estado o por grupos privados que operan con el sostén o la aprobación del Estado. Desde entonces —y profundizando en su posición inicial— el grupo excluye de su competencia las desapariciones forzadas cometidas por personas privadas, una posición que se refleja en sus métodos de trabajo:

El grupo de trabajo funciona según el principio de que, para las necesidades de sus trabajos y conforme a la definición enunciada en el preámbulo de la declaración, una desaparición forzada no se considera tal salvo que el acto en cuestión sea cometido por agentes del Estado, particulares o grupos organizados (por ejemplo, grupos paramilitares) que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento. En tales condiciones, el grupo de trabajo no considera admisibles los casos de desaparición atribuidos a personas o grupos que no actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, tales como los grupos terroristas o los movimientos insurreccionales que luchan contra el Gobierno en el territorio del Estado interesado.

Tras la cuestión de competencia existe, por supuesto, un problema de fondo que es el de la definición misma de las desapariciones forzadas. Puede admitirse que la competencia del grupo de trabajo esté limitada de modo que no pueda investigar sobre actos ejecutados por personas privadas. ¿Equivale esto a decir que la definición misma de la desaparición implica, como elemento constitutivo, su relación con el Estado? Esta cuestión es cada vez más discutida. La extensión de la definición a los actores privados encuentra en adelante un apoyo en la Convención de 2006 (artículo 3) y también en el Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional (artículo 7 y 2-i). Es plenamente factible razonar por analogía con el crimen de tortura: concebida en el crisol de los derechos humanos, la definición inicial del crimen de tortura —proporcionada por la Convención de las Naciones Unidas de 1984— restringe su alcance a los actos cometidos por actores estatales o bajo su cobertura. Planteada esta incriminación como crimen de guerra, tanto la cámara de primera instancia

²⁹ E/CN.4/1986/18, párr. 34.

como la cámara de apelación del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el asunto Kunarac decidieron que esta relación no se podía considerar un elemento constitutivo del crimen.³⁰

Ratione temporis, la intervención del grupo de trabajo se ha reclamado en diversas ocasiones en relación con casos individuales anteriores a 1945. El grupo rechazó intervenir en esos casos por considerar que su competencia no se remonta más allá de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, en 1945. A decir verdad, esta postura venía dictada por cuestiones pragmáticas, dados los escasos medios materiales con que el grupo cuenta y el número cada año mayor de casos que se le someten. No obstante, hay que decir que esta postura se acomoda mal con la doctrina del grupo de trabajo, que considera la desaparición forzosa un hecho ilícito continuado y que insta a los órganos de control a interpretar las limitaciones a su jurisdicción de tal modo que se tenga en cuenta ese carácter continuo. En 2009, el grupo de trabajo decidió revisar parcialmente esa limitación de competencia, y aceptó adoptar una alegación general relativa a las violaciones de la declaración de 1992 y a hechos anteriores a 1945 (a saber, las desapariciones forzadas en España a partir de 1936). En 2013, tras su visita a España y accediendo a las demandas de las familias de desaparecidos españoles, el grupo de trabajo resolvió finalmente abolir el límite de la competencia *ratione temporis* que se había impuesto y, en consecuencia, aceptar los casos de desapariciones forzadas iniciadas con anterioridad a 1945.

El mandato «humanitario» y el tratamiento de los casos individuales

De hecho, la discusión relativa a la naturaleza del mandato del grupo de trabajo no ha cesado nunca. Siempre han surgido voces para criticar que el grupo optase por limitarse a un mandato denominado «humanitario» en los casos individuales. Estas críticas han considerado que se trataba de una autolimitación injustificada y que el grupo debería asumir más bien un papel cuasi juris-

³⁰ La evolución, necesaria a mi parecer, la lleva a cabo la comisión de investigación nacional sobre Siria en un *conference room paper* publicado el 19 de diciembre y titulado «Without a trace: enforced disappearances in Syria»: «Under international law, an act of enforced disappearances is committed by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, thus resulting in a human right violation. In the context of humanitarian law, this requirement must be interpreted to include agents of non-State actors, in order for this prohibition to retain significance in situations of non-international armed conflicts such as Syria» (párr. 5). Acerca de las desapariciones forzadas como crimen contra la humanidad, véase Olivier de FROUVILLE, *Droit international pénal*, París: Pedone, 2012, pág. 173.

diccional; a saber, que, dependiendo de los casos que se le sometieran, debería adoptar una «opinión» o hacer «constataciones» y pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado en derecho internacional, así como sobre las consecuencias de tal responsabilidad, en particular en el plano reparatorio.

El grupo ha justificado en diversas ocasiones su decisión de limitar su actuación a una acción humanitaria, la cual no ha sido cuestionada hasta el momento. En 1984 el grupo de trabajo explicaba las razones de tal enfoque de la manera siguiente:

El grupo de trabajo ha explicado ya en sus informes precedentes, como cada vez que ha tomado contacto con Gobiernos, cuál era el motivo esencial de sus demandas de información, que de ningún modo significan cuestionar a un país ni obligarlo a hacer confesiones o a reconocer errores. La realidad es que solo un Gobierno posee los medios para ayudarlo a esclarecer los casos de desaparición. Su actuación es puramente humanitaria y punto, y no entra en sus consideraciones ninguna cuestión de responsabilidad o sanciones. No ha cesado de repetirlo en múltiples ocasiones. Los informes del grupo demuestran que esta política se confirma en la práctica. Y de los debates de la Comisión y de las respuestas de los Gobiernos se desprende que esta estricta actitud de la que el grupo no se aparta acaba por imponerse e inspira confianza. Es de ahí de donde el grupo de trabajo extrae actualmente su mayor fuerza, como lo confirma el hecho de que todas las instancias de las Naciones Unidas han aprobado sucesivamente su manera de obrar durante casi cuatro años.³¹

La esencia del mandato humanitario se refleja en los métodos de trabajo, a saber, en el registro de cada caso individual en una base de datos especial, mantenida al día por el alto comisionado para los Derechos Humanos, y en la retransmisión anual de los casos pendientes a los Estados implicados. Además, cada caso registrado se actualiza regularmente a tenor de las informaciones transmitidas por las dos partes (Estado y fuente), y ello en tanto el caso permanece en la base de datos. El grupo de trabajo es, pues, junto con el alto comisionado para los Derechos Humanos, el guardián de una especie de registro internacional de desaparecidos. Registro ciertamente incompleto que, por así decir, no es más que un botón de muestra del problema global; pero, al fin y al cabo, registro estable y protegido, al amparo de las vicisitudes y de los conflictos de la vida nacional. Garantía, en consecuencia, de que cada una de esas personas desaparecidas continuará siendo objeto de atención internacional y

³¹ E/CN4/1984/21, párr. 176.

de que su desaparición seguirá estando referida a la responsabilidad del Estado, sea cual sea el Gobierno.

Cada caso recibido por el grupo es examinado a la luz de cinco elementos que determinan su admisibilidad. El autor, en efecto, debe indicar el nombre de la víctima, la fecha de la desaparición, el lugar de arresto o de secuestro, los sospechosos a quienes se atribuye la responsabilidad de la desaparición, y las medidas adoptadas por la familia para determinar la suerte del desaparecido. Finalmente, si la comunicación emana de una organización o de una persona que represente a la familia, dicha organización o dicha persona deben indicar explícitamente que la familia ha consentido en que el caso sea llevado en su nombre ante el grupo de trabajo. En la práctica, la secretaría no rechaza de manera automática los formularios que no incluyen estos cinco elementos, sino que vuelve a contactar con las fuentes para pedirles que los completen. Solo si la fuente no responde a estas solicitudes al cabo de un año, el caso es dejado a un lado, sabiendo que la fuente siempre podrá volver a suministrar las informaciones que faltan y conseguir el registro del caso en la base de datos. Este enfoque ágil de las condiciones de admisibilidad es conforme con la vocación estrictamente humanitaria del procedimiento, que no se puede asimilar a un procedimiento jurisdiccional.

Una vez que el grupo de trabajo declara admisible el caso, este se transmite al Estado implicado por intermedio de la delegación en Ginebra, y se contabiliza en las estadísticas de dicho Estado en el informe público del grupo de trabajo. ¿Qué sucede cuando diversos países están implicados en la desaparición forzada, ya sea porque los agentes de un Estado se hayan llevado al desaparecido del territorio de otro Estado o porque agentes de dos o más países hayan colaborado en la desaparición? En esa circunstancia, tal como se hizo primero en la práctica y como se codificó en 1989 como método de trabajo, el grupo ha establecido la llamada regla de la «territorialidad», a saber, que las informaciones se comunican a todos los «Gobiernos implicados».³² Pero, a título estadístico y en el informe, el caso solo se imputa «al país donde, según los informes, la persona ha sido arrestada, detenida, secuestrada o vista por última vez».³³ El grupo de trabajo, sin embargo, modificó esta regla en 2011 y añadió a sus métodos de trabajo que «en circunstancias excepcionales y si el mandato humanitario lo demanda, los casos que impliquen a diversos países se pueden contabilizar en las estadísticas de «otro país». No obstante, en este caso el Estado «territorial» tendrá copia de todas las comunicaciones intercambiadas con

³² E/CN.4/1989/18, párr. 23.

³³ Véase, por ejemplo, A/HRC/16/48, pág. 128, párr. 16 sobre los métodos de trabajo.

el «otro país», en la esperanza de que pueda aportar informaciones útiles que conduzcan al esclarecimiento del caso».³⁴

El grupo de trabajo decidió esta modificación a raíz de cierto número de situaciones de hecho en las que era evidente que la imputación de las desapariciones forzadas correspondía a un Estado que había actuado de forma ilícita en el territorio de otro. Se trata en particular del caso de los secuestros imputables a Corea del Norte en territorio de Japón y de otros Estados. En estas circunstancias resultaba extraño y, sobre todo, ineficaz que dichos casos se situasen en el marco del diálogo con el Estado territorial más que con el Estado responsable. En el espíritu humanitario del procedimiento, sin embargo, tal «responsabilidad» o tal «imputación» no tiene un sentido propiamente jurídico, en la medida en que se funda sobre lo que, para el grupo de trabajo, constituyen «alegaciones» y no determinaciones en Derecho.

La transmisión se hace a través del *procedimiento ordinario* o del *procedimiento de urgencia*, una distinción que se establece según la fecha de desaparición: si el caso ha sucedido dentro de los tres meses que preceden a la recepción de la comunicación por el grupo de trabajo, este autoriza a que su presidente por delegación transmita la comunicación al Estado «por la vía más directa y rápida», mientras que las restantes comunicaciones son examinadas por el grupo de trabajo en pleno con ocasión de una de sus tres sesiones anuales. Durante dichas sesiones, el grupo de trabajo examina igualmente todas las informaciones nuevas transmitidas por los Estados o las fuentes. A menudo, estas nuevas informaciones no permiten llegar a una conclusión acerca de la suerte del desaparecido y simplemente se transmiten a la otra parte, pero también puede ocurrir que induzcan al grupo de trabajo a adoptar cierto número de decisiones y, en particular, a poner fin al examen de un caso. Ante todo, puede decidir que un asunto está «resuelto» cuando «el destino de la persona desaparecida ha quedado determinado claramente». Si la información relativa a la suerte de la persona desaparecida proviene del Gobierno —y no de la familia o, por ejemplo, de una misión de comprobación de hechos de la ONU—, el grupo de trabajo enviará dichas informaciones a la fuente y someterá el caso a la regla llamada de los «seis meses», a saber, que si la fuente «no responde en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que se le comunicó la respuesta del Gobierno, o si impugna las informaciones suministradas por el Gobierno alegando razones que el grupo no juzga válidas, el asunto se considera resuelto».

³⁴ Traducción personal de los métodos de trabajo a partir del original en inglés. Hay que deplorar que en el momento en que escribo estas líneas sigue sin existir una traducción oficial disponible de la última versión de los métodos de trabajo del grupo.

Además, el grupo puede adoptar otros dos tipos de decisión que ponen fin al examen de un caso. Puede «decidir cerrar un asunto cuando la autoridad competente según la ley nacional declara a la persona ausente en razón de su desaparición forzada o decide presumirla fallecida». No obstante, una decisión así no puede tomarse más que si «los allegados u otras partes interesadas han manifestado libre e indudablemente su deseo de no proseguir el asunto». Y también los métodos de trabajo precisan que «esas medidas deberían respetar en todo momento el derecho a una [reparación]³⁵ integral». Finalmente, el grupo de trabajo, «a título excepcional», puede decidir «archivar un asunto cuando la familia de la persona desaparecida ha manifestado libre e indudablemente su deseo de no proseguir el asunto, o si la fuente ha dejado de existir o se encuentra en la incapacidad de asegurar el seguimiento del asunto y las medidas adoptadas por el grupo de trabajo para establecer comunicación con otras fuentes se han revelado vanas».

Es forzoso constatar que el número de casos nuevos registrados anualmente en la base de datos (sumando los de procedimiento ordinario y los de urgencia) sobrepasa con mucho el de casos aclarados, cerrados o archivados, por lo que el número acumulado no deja de crecer anualmente. Y, lo que es peor, la secretaría se ve desbordada de manera crónica por el número de casos que debe tratar y a veces no se encuentra en disposición de registrarlos todos en la base de datos en el estadio inicial, es decir, para presentarlos al grupo de trabajo y que este adopte una decisión acerca de su admisibilidad. De ello resulta un atraso que llegó a ser muy importante al principio de la década de 2000; luego decreció progresivamente hasta quedar eliminado por completo en 2009, pero volvió a crecer a partir de 2011. En 2014 el grupo de trabajo mantiene un retraso de un centenar de casos, es decir, un centenar de casos que, a pesar de haber entrado en secretaría, no han llegado a su conocimiento para poder pronunciarse acerca de la admisibilidad. Estas variaciones no dependen en sí del grupo de trabajo sino que se deben más bien al número de profesionales adscritos a su secretaría por el alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Cuando dicho número es solo de una o dos personas, el grupo de trabajo simplemente no puede continuar funcionando con normalidad porque hay cierto número de tareas que no pueden ser asumidas por miembros que, como voluntarios de las Naciones Unidas, tienen una ocupación profesional a jornada completa aparte de su mandato.

³⁵ El original inglés utiliza el término *reparation*, traducido desafortunadamente como «indemnización». Restablezco aquí el término apropiado, conforme a la intención del grupo de trabajo, que entendía no solo referirse a indemnización, sino también a otras formas de reparación.

El grupo de trabajo se ha preguntado a menudo sobre la manera de conseguir más eficacia en el esclarecimiento de los casos individuales a fin de responder mejor al clamor desesperado de las familias, que muchas veces tienen depositadas en él todas sus esperanzas.³⁶ A principios de la década de 2000, el grupo de trabajo experimentó en particular un «nuevo enfoque» basado en la idea de mediación o de acuerdo amistoso entre las familias de las víctimas y los Gobiernos.³⁷ Este enfoque se puso en práctica en Sri Lanka y llevó al esclarecimiento de casi 6.000 casos en algunos años, algo nunca visto hasta entonces. Sin embargo, forzoso es reconocer que en la mayor parte de estos casos no se consiguió conocer el destino de los desaparecidos; de hecho, hubo un acuerdo entre el Gobierno, las familias y el grupo de trabajo, que actuó como mediador, y el proceso culminó con el otorgamiento de una indemnización a cambio de la aceptación, por parte de los allegados, de un certificado de defunción en ausencia del cuerpo. Esta vía no se adoptó en otros casos y es dudoso que lo sea de nuevo. Desde entonces, los miembros del grupo de trabajo han reafirmado en diversas ocasiones su sujeción a una neta distinción entre las hipótesis de aclaración y de cierre o archivo. A saber, que la aclaración debe venir fundada en «informaciones detalladas» relativas a la suerte de la persona desaparecida.

En la práctica, el grupo de trabajo exige una dirección si la persona está viva —dirección que puede ser la de un lugar de detención— o un certificado de defunción si la persona ha fallecido. Pero, en este último caso, el grupo de trabajo verifica desde hace algunos años que el certificado de defunción esté basado en la identificación de los restos de la persona desaparecida. Si no es así, el asunto se somete al procedimiento de clausura. Sin embargo, en 2008 y 2009 el grupo ha endurecido sus condiciones. Por una parte, la clausura se realiza prioritariamente sobre la base de una declaración según la cual la persona se halla ausente «en razón de su desaparición forzada» o, en su defecto, sobre la base de una presunción de fallecimiento (y no de un acta de fallecimiento). Por otra parte, la clausura no puede realizarse a menos que los allegados «u otras partes interesadas» hayan «manifestado libre e indudablemente su deseo de no proseguir el asunto». El grupo de trabajo entiende por consentimiento libre el que

³⁶ Véase en particular el resumen de los debates celebrados con los Estados y las ONG relativos a los métodos de trabajo, E/CN.4/1985/15, párrs. 72 y ss., párr. 74: «Se ha insistido en la necesidad de que el grupo de trabajo obtenga resultados más concretos, a falta de lo cual el resentimiento de los parientes de los desaparecidos contra los Gobiernos tiende a transformarse en decepción en relación con el grupo de trabajo».

³⁷ Véase E/CN.4/2002/79, resumen en el encabezado del informe y párr. 288.

está exento de toda coacción, incluso la de carácter económico. Un consentimiento otorgado a cambio de una indemnización monetaria es sospechoso por definición, en la medida en que el grupo de trabajo no ignora que muchas familias se hallan en un desamparo absoluto por el hecho mismo de la desaparición, de tal modo que la indemnización concedida por el Estado a cambio del certificado de defunción representa para ellas un sostén material del cual no pueden razonablemente prescindir.

En realidad, el motivo por el que el número de casos esclarecidos es tan reducido no es responsabilidad del grupo de trabajo: son los Estados, sobre todo, los responsables. El grupo de trabajo carece de medios de investigación propios, por lo que corresponde a los Estados investigar y, más precisamente, poner en marcha mecanismos específicos de búsqueda de los desaparecidos que se encuentren dotados de medios suficientes y que se ejecuten con una metodología contrastada, desde las pesquisas para la búsqueda de testimonios a la exhumación e identificación de los restos. Por supuesto, ello no exonera al grupo de trabajo de la obligación de continuar tratando de mejorar su metodología. En realidad, los esfuerzos deben ser compartidos, ya que solo un esfuerzo conjunto y una discusión abierta entre los Estados, el grupo de trabajo y las familias permitirán hallar una solución. En cuanto que presidente relator he lanzado un llamamiento en tal sentido en ocasión de la centésima sesión, celebrada en Nueva York en julio de 2013:

No podemos darnos por satisfechos con tener en nuestra base de datos más de 42.000 casos de desapariciones forzadas no resueltos. Tal como solemos decir a los Estados con los que mantenemos un diálogo regular, nuestro deseo más ferviente es el de poder resolver todos los casos de desapariciones forzadas registradas en relación con cada Estado. Nuestro objetivo es llevar la verdad a las familias, poner fin a su sufrimiento lo más rápidamente posible. Mantener un caso en nuestra base de datos es, pues, sinónimo de fracaso para el grupo de trabajo.

Hay que encontrar las vías y los medios para culminar la resolución de los casos individuales examinados por el grupo de trabajo. Pero, cuidado, hay que ser claro: el grupo de trabajo actúa en el marco estricto de sus métodos de trabajo, concebidos para asegurar que el esclarecimiento de los casos se efectúe en el respeto absoluto del derecho a la verdad de las familias de los desaparecidos. No aceptaremos ninguna solución intermedia al respecto: la desaparición forzada es un acto de tortura infligido a las familias, y estas tienen un derecho absoluto a conocer la verdad sobre la suerte de sus allegados.

¿Cómo progresar? Corresponde a los Estados reflexionar sobre ello, en conexión con el grupo de trabajo y los representantes de las familias de los desaparecidos. Quizás podría pensarse en reunir a todas las partes alrededor de una

mesa, con la finalidad de intercambiar buenas prácticas y de concebir metodologías que permitan culminar en la resolución de los casos de desapariciones forzadas. Hay que reflexionar.³⁸

El mandato normativo, las alegaciones y las observaciones generales

El grupo de trabajo ha acogido con entusiasmo la adopción de la declaración de 1992 para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. En 1993 escribió:

El grupo de trabajo, que ha participado activamente en la elaboración de esta declaración, se congratula de su adopción, en la que ve un jalón en el camino de la lucha contra la práctica de las desapariciones y que considera una base importante para sus futuros trabajos. La declaración tiene en cuenta el gran número de propuestas y recomendaciones que el grupo de trabajo ha adoptado a lo largo de los años y publicado en sus informes anuales.³⁹

Además, el grupo de trabajo señaló en el mismo informe que:

En su resolución 1993/35 del 5 de marzo de 1993, titulada «Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias», la Comisión de Derechos Humanos invitó a todos los Gobiernos a adoptar las medidas apropiadas, legislativas u otras, para prevenir y reprimir la práctica de las desapariciones forzadas, en particular a la luz de la declaración, y a actuar a tal efecto en los ámbitos nacionales y regionales y en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas. En la misma resolución rogó al grupo de trabajo que tuviera en cuenta las disposiciones de la declaración y lo invitó a detallar, en sus siguientes informes, los obstáculos que se opondrían a la buena aplicación de las disposiciones de la declaración y a recomendar los medios de superarlos.⁴⁰

Por ello, el grupo de trabajo decidió enviar cartas a todos los Estados miembros de la ONU y a las ONG, pidiéndoles informes sobre las medidas adoptadas para aplicar la declaración en el plano nacional, así como acerca de los obstáculos encontrados para hacerlo. La relación de los obstáculos identifica-

³⁸ www.frouville.org/Actualites/Entrees/2013/7/15_100_sessions_of_the_WGEID_.html.

³⁹ E/CN.4/1994/26, párr. 74.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 77.

dos por las ONG es elocuente,⁴¹ y es un poco triste constatar que dichos obstáculos persisten en la actualidad.

En su informe de 1995, el grupo de trabajo exponía que, a pesar de sus esfuerzos para instar a los Gobiernos a adoptar medidas de implementación de la declaración, se habían hecho pocos progresos a este respecto, y destacaba el hecho de que las obligaciones establecidas por la declaración no se aplican solamente a los Estados en los que se han cometido las desapariciones forzadas. A fin de atraer la atención de los Estados sobre sus obligaciones, el grupo de trabajo decidió, en su 47.^a sesión, adoptar dos observaciones generales en relación con los artículos 3 y 4 de la declaración.⁴²

⁴¹ En su respuesta, la mayoría de las organizaciones no gubernamentales citan los mismos obstáculos para la buena aplicación de la Declaración. Se pueden resumir como sigue:

- a) Las conmociones internas y los conflictos armados son mencionados como unas de las mayores razones políticas.
- b) En la mayor parte de los casos se constata una falta de voluntad política por parte de los Gobiernos para poner fin al fenómeno de las desapariciones.
- c) Un estado de emergencia caracterizado por reglamentaciones rigurosas conduce a graves restricciones del derecho al hábeas corpus, al poder sin control de las autoridades militares y a una ineficacia general del sistema judicial civil, lo que crea un clima propicio a los actos que conducen a las desapariciones forzadas.
- d) Una práctica común que contribuye a la existencia de este fenómeno es la extensión de los poderes que autorizan a las fuerzas de seguridad a circular en vestimenta civil en vehículos camuflados para proceder a arrestos sin dar explicaciones y sin darse a conocer, o al menos la tolerancia a este tipo de arresto.
- e) Otros obstáculos graves para una buena aplicación de la Declaración son la práctica del arresto en condiciones de secreto y la falta de registros informatizados centralizados de todos los detenidos y de ficheros actualizados diariamente de los lugares de detención.
- f) La mayoría de los Gobiernos no ha promulgado leyes que prohíban expresamente la práctica de desapariciones forzadas, tal como señalan los artículos 3, 4 y 5 de la Declaración. En los países en los que los actos que conducen a desapariciones forzadas se consideran delitos de derecho penal, dichos delitos se suelen definir en términos tan vagos que es extremadamente difícil establecer una relación causa-efecto entre el arresto y la desaparición.
- g) La falta de investigación imparcial en todos los casos de presunta desaparición, la imposibilidad para los organismos de investigación civiles de tener acceso a todos los lugares de detención (en particular a los centros de detención militares) y la ausencia de sinceros esfuerzos para identificar a las víctimas de desaparición son todos obstáculos que complican considerablemente la búsqueda de las personas desaparecidas.
- h) Las leyes de amnistía, las leyes relativas a la obediencia debida, la prescripción, las medidas de gracia presidenciales y la ausencia de un procedimiento imparcial ante los tribunales militares permiten a los responsables de las desapariciones forzadas gozar de impunidad y, por lo tanto, constituyen un grave obstáculo a la aplicación de medidas destinadas a prevenir nuevas desapariciones.
- i) Finalmente, numerosas organizaciones no gubernamentales han declarado que hasta ahora la mayoría de los Gobiernos no han distribuido la Declaración a las autoridades legislativas, judiciales y administrativas o no la han hecho pública.

⁴² E/CN.4/1996/38, párrs. 46 y 47.

Así pues, sobre la base del mandato que le fue confiado por los Estados en relación con la declaración, adoptó dos medidas. En primer lugar, empezó a detallar los obstáculos y las provisiones tomadas para implementar la declaración. Esta es la base de su actual procedimiento de «alegaciones generales», en virtud del cual recibe alegaciones de violaciones por desapariciones forzadas que transmite a los Estados para recibir sus comentarios. Posteriormente, de acuerdo con las informaciones y las prácticas reseñadas, interpreta y explica las disposiciones de la Convención, con miras a facilitar su aplicación por los Estados en el ámbito nacional. Tal es el sentido de sus observaciones generales, que en 2014 ascienden a trece, trece observaciones generales que no solo han permitido explicitar las disposiciones de la Convención, sino al mismo tiempo mantenerlas vigentes en el marco de una jurisprudencia evolutiva, en consonancia con la evolución del derecho internacional general.

Así, en su observación general sobre las desapariciones forzadas como crimen contra la humanidad, el grupo de trabajo consideró que los elementos contextuales del crimen contra la humanidad debían interpretarse a la luz del artículo 7 del Estatuto de Roma, fiel reflejo, con referencia a ello, del derecho internacional consuetudinario. Por el contrario, en su observación general sobre la definición de las desapariciones forzadas, el grupo estimó que la definición que el propio Estatuto otorgaba a la desaparición forzada se apartaba del derecho consuetudinario en la materia, ilustrado mejor por la Convención para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006. Otro ejemplo: en su observación general sobre las desapariciones forzadas como delito permanente, el grupo de trabajo toma en cuenta la evolución de las prácticas nacionales e internacionales para afirmar que «el carácter permanente de la desaparición forzada comporta como una consecuencia específica la posibilidad de condenar a una persona por un acto conducente a una desaparición forzada invocando un instrumento jurídico que ha sido adoptado después del inicio de la desaparición forzada, a pesar del principio fundamental de irretroactividad».⁴³

Estos ejemplos muestran que el grupo de trabajo ha mantenido y prolongado el carácter innovador de la declaración. En realidad, se ha convertido en el órgano de supervisión de la declaración y en parte por su mediación ese texto sigue ejerciendo hoy una influencia importante en el derecho internacional.

La cuestión es saber si la entrada en vigor de la Convención y la constitución del comité no ponen en cuestión el papel que hasta ahora han desempeñado la declaración y el grupo de trabajo.

⁴³ E/CN.4/1435, párrs. 170 y ss.

Considero que hay que dar una respuesta matizada a esta cuestión. Es evidente que la Convención se abre ahora paso como texto de referencia en derecho internacional con relación a la declaración. Nada más normal, puesto que se trata de un texto convencional elaborado cuidadosamente, mucho más detallado que esta en diferentes puntos, y cuyo objeto es el de establecer normas obligatorias para los Estados, ya que la Convención es un texto llamado a ser universal. El grupo de trabajo, como todos los demás actores que trabajan en las desapariciones forzadas, se dispuso a realizar ese objetivo, promoviendo la ratificación de la Convención por el mayor número de Estados, y de hecho contribuye activamente a esta campaña de promoción de la Convención. Así, en sus encuentros bilaterales no deja nunca de instar a ratificar la Convención a los Estados que no lo han hecho todavía, formulando las declaraciones de aceptación de la competencia para las demandas individuales e interestatales. Otro tanto hace con ocasión de sus visitas: desde 2006 recomienda sistemáticamente a los Estados ratificar la Convención, y se manifiesta dispuesto a ayudar a los Estados que lo deseen con vistas a facilitar dicha ratificación.

Por otra parte, parece evidente que, de ahora en más, la interpretación de la declaración está ligada a la de la Convención. Por un lado, efectivamente, es imperativo que las disposiciones similares de la declaración y la Convención se interpreten de manera coherente. Por otro, parece evidente que le corresponderá al comité la interpretación de la Convención; de ahí que la interpretación de la declaración dependerá de la que efectúe el Comité de cláusulas similares de la Convención.

Esto no quiere decir que, en este nuevo contexto, la declaración pierda toda importancia y que, por lo mismo, el grupo de trabajo sea en adelante llamado a abandonar las funciones que desempeña en relación con la declaración.

Subsiste, en primer lugar, el hecho de que la declaración sigue siendo el texto de referencia para los Estados que no se encuentran ligados por ningún texto convencional. Y, si bien es de desear que la Convención se convierta rápidamente en universal, este periodo de transición puede durar cierto tiempo.

Existe además todo el acervo normativo salido de las observaciones generales del grupo de trabajo en relación con la declaración. Es un acervo que habrá de tenerse en cuenta, por supuesto, cuando se trate de interpretar la Convención. En este sentido, la declaración y el grupo de trabajo seguirán desempeñando un papel importante, aun cuando es evidente que ese acervo no puede obligar al comité, que es «soberano» en su interpretación de la Convención.

Y subsiste finalmente el hecho de que la declaración contiene disposiciones que no existen en la Convención, o bien trata de determinadas cuestiones desde un prisma diferente del de la Convención. Sobre estas cuestiones, la decla-

ración se mantendrá como una fuente de inspiración y un punto de referencia, tanto por lo que respecta a la elaboración del derecho internacional como al interpretar la Convención, e igualmente al elaborar las legislaciones nacionales. Cuatro cuestiones, en particular, se pueden identificar al respecto: la cuestión del riesgo de desaparición forzada en la decisión de otorgar asilo (artículo 15 de la declaración); la exclusión de los tribunales militares para juzgar a los autores de desapariciones forzadas (artículo 16.2); la cuestión de los privilegios e inmunidades para los autores de desapariciones forzadas (art. 16.3); la cuestión de las amnistías u otras medidas análogas (art. 18.1).

En relación con todas estas cuestiones, la declaración sigue siendo un texto de referencia que se debe reevaluar a la luz de la evolución del derecho internacional consuetudinario en esta materia.

El grupo de trabajo y la cuestión de los niños víctimas de desapariciones forzadas

La experiencia del grupo de trabajo

Desde su creación, el grupo de trabajo se ha enfrentado a la situación de los niños víctimas de desapariciones forzadas. De hecho, le consagró una sección entera de su primer informe sobre esta cuestión.

El grupo de trabajo ha recibido diversos informes que se refieren a casos de desaparición forzada o involuntaria de mujeres —en particular de mujeres embarazadas— y de niños, que incluyen listas de mujeres desaparecidas e informes de alrededor de 60 casos de desaparición de mujeres embarazadas en Argentina; un expediente sobre medio centenar de casos de niños desaparecidos en Argentina; un expediente sobre diversos casos de desaparición de niños uruguayos en Argentina, y un informe sobre la aparición en Chile de dos niños uruguayos que habían desaparecido en Argentina junto con sus padres. El grupo recibió también comunicaciones acerca de desapariciones de niños que habrían tenido lugar en Chipre, El Salvador y Filipinas. Ha tomado nota asimismo de la inquietud suscitada por los casos de desaparición forzada o involuntaria de mujeres en Chile.

El grupo consagra diversos párrafos a los testimonios a veces muy precisos que ha recibido sobre los casos de niños nacidos de madres desaparecidas y detenidas en centros secretos en el momento del parto. Recoge los testimonios según los cuales esos niños habrían sido confiados a familias de adopción a las

que se había pedido no divulgar el asunto. Consta que en determinados casos se expidieron certificados de nacimiento falsos para encubrir la apropiación de los niños. Y el grupo también ha tenido conocimiento de casos de niños raptados con sus padres y víctimas ellos mismos de desapariciones forzadas.

En su segundo informe, el grupo relata haber entrado en contacto con la asociación de «las abuelas de la plaza de Mayo», en Argentina, que le han hecho llegar «un expediente que contiene documentos acerca de los niños que faltan y sobre las diversas gestiones que han puesto en marcha y las dificultades con que se han encontrado en sus esfuerzos por hallar a los niños».⁴⁴ Además, el grupo de trabajo ha hecho balance de su actividad relativa a los niños desaparecidos en Argentina.

El grupo de trabajo, mediante cartas fechadas el 27 de mayo, 14 de agosto, 4 de septiembre, 21 de octubre y 11 de noviembre de 1981, ha transmitido al Gobierno argentino una copia de los documentos que poseía en sus archivos en relación con 65 casos referidos de desapariciones forzadas o involuntarias de niños. Once de esos casos se referían a niños ya nacidos antes de su desaparición (uno de los casos concernía a las autoridades argentinas a la vez que a las uruguayas) y 52 a niños que habrían nacido en cautividad o que debieron haber nacido durante la detención, dado que sus madres, según los informes, estaban embarazadas en el momento de su arresto. En particular se señala que en 15 de 52 casos la familia fue informada del nacimiento del niño por antiguos detenidos, por miembros de las fuerzas armadas o por fuentes anónimas.⁴⁵

En su informe de 1983, el grupo de trabajo profundiza el estudio del impacto específico de la desaparición forzada en los niños, en particular el impacto psicológico que para un niño tiene la desaparición de un progenitor. Se citan en detalle las conclusiones de un informe establecido con ocasión del segundo congreso latinoamericano de familiares de personas desaparecidas, que tuvo lugar en Caracas del 24 al 28 de noviembre de 1981.⁴⁶ El informe de 1984 dedica un capítulo entero a las «repercusiones de las desapariciones forzadas o involuntarias en las familias de las víctimas» apoyándose en «diversos estudios publicados recientemente acerca de los niños y las desapariciones forzadas, en particular las que se presentaron en el cuarto coloquio nacional de pediatría social, celebrado en Buenos Aires en el mes de marzo de 1983». El grupo de trabajo resume las conclusiones como sigue (no citamos aquí más que una pe-

⁴⁴ E/CN.4/1492, párr. 40.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 45.

⁴⁶ E/CN.4/1983/14, párr. 135.

queña parte del capítulo, por lo que aconsejamos al lector remitirse directamente al informe):

Los niños viven directa o indirectamente todo el proceso de deterioro progresivo de la estructura familiar, dominado por el miedo, el sentimiento de injusticia, el silencio y la agresión permanente por parte de determinados grupos sociales [...].

El estado psicológico del niño puede ser descrito así: el niño tiene la impresión de haber sido abandonado, se siente marginado, sufre una tensión permanente y prolongada y presenta todos los síntomas del niño maltratado. Gran número de niños de padres desaparecidos presentan los síntomas del «síndrome del abandono», es decir, infecciones frecuentes, problemas de desarrollo y trastornos psíquicos. La sensación de haber sido abandonado se acompaña con frecuencia de un estado general de confusión mental que dificulta procesos intelectuales tales como el análisis y la síntesis [...].

También se ha constatado un estado de tensión prolongado y permanente. Cuando sus padres son detenidos en su domicilio o en su presencia, el niño sufre una prueba psicológica terrible (angustia, miedo, impotencia ante la violencia). A menudo los demás miembros de la familia sufren también el mismo *shock* y no son capaces de ayudarlo. Este tipo de tensión extrema puede provocar inhibiciones permanentes. La gravedad y la dureza de la tensión provocan diversas reacciones, que generan a menudo una actitud de desesperación [...].

En general, el miedo es el sentimiento predominante en la vida de esos niños, e influye sobre toda su vida personal, ya que tienen un gran sentimiento de impotencia, vulnerabilidad e inseguridad. El proceso psicológico necesario para aceptar la pérdida de un ser querido se bloquea, y los niños se encuentran en un estado de «dolor latente». También tienen dificultades de aprendizaje así como problemas motores o psíquicos, que se traducen, por ejemplo, en la pérdida de aptitudes requeridas para las actividades de la vida corriente que ya tenían adquiridas.⁴⁷

Esta experiencia del grupo de trabajo lo ha llevado, en cierta medida, a desarrollar sus métodos de trabajo, así como a interpretar de manera constructiva y evolutiva —a través de sus observaciones generales— el artículo 20 de la declaración, dedicado específicamente a la cuestión de los niños.⁴⁸

⁴⁷ E/CN.4/1984/21, párrs. 147-150.

⁴⁸ Artículo 20 de la Declaración —que se ha de poner en relación con el artículo 25 de la Convención de 2006, más desarrollado—:

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

En sus métodos de trabajo, el grupo contempla específicamente el caso de las «mujeres embarazadas», y el niño supuestamente nacido durante el cautiverio de la madre figura incluido en el legajo de esta. No obstante, el caso del niño se disocia del de la madre cuando «según testigos, la madre efectivamente ha dado a luz a un niño en el curso de su detención».⁴⁹ Hay que señalar además que, en el resumen de los casos que el grupo de trabajo hace en sus informes, el hecho de que una persona desaparecida sea un menor es mencionado sistemáticamente. Pero, al mismo tiempo, su nombre no figura incluido en los informes, a diferencia de como se procede cuando se trata de mayores, cuyo nombre siempre se hace público.⁵⁰

La cuestión de los niños se ha mencionado en dos observaciones generales y ha sido objeto de una observación general específica. Examinaremos con más detalle esta última en el siguiente apartado.

En su observación general sobre el derecho a la verdad (2010), el grupo de trabajo declaró que «el derecho de conocer la verdad sobre el destino de una persona desaparecida y el lugar donde se encuentra se aplica igualmente a los casos de niños nacidos mientras su madre era víctima de desaparición forzada y que han sido adoptados posteriormente de forma ilegal». Asimismo calificó como «absoluto» el derecho de la familia a conocer la verdad acerca del lugar donde se halla el niño.

En su observación general sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en cualquier lugar (2012), el grupo de trabajo se ha pronunciado igualmente sobre la vulneración de dicho derecho en el caso de adopción ilegal de niños nacidos durante la desaparición de sus madres: «en tanto que no se protege su identidad biológica, no se reconoce su personalidad jurídica propia». Además, ha recordado la importancia de que los Estados instituyan un

2. Habida cuenta de la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el párrafo precedente, deberá ser posible, en los Estados que reconocen el sistema de adopción, proceder al examen de la adopción de esos niños y, en particular, declarar la nulidad de 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.

3. La apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales».

⁴⁹ Esta regla se ha incluido en los métodos de trabajo en 1988 (véase el informe E/CN.4/1989/18, párr. 23).

⁵⁰ Véase también, en términos más generales, el párrafo de los métodos de trabajo relativo a «las personas en situación de vulnerabilidad»: «Entre los casos de desaparición señalados, el grupo de trabajo destaca el de las personas en situación de vulnerabilidad: mujeres, niños, personas ancianas, personas discapacitadas y otros grupos vulnerables».

sistema de «declaración de ausencia por razón de desaparición forzada» que permita resolver cierto número de dificultades jurídicas —en particular la cuestión de la custodia de los niños— sin tener que solicitar la expedición de un certificado de defunción. El grupo insiste también en el soporte social que se debe brindar a las mujeres e hijos de un desaparecido, apoyo que «no se debería considerar una renuncia al derecho a una reparación íntegra por los perjuicios causados por el crimen de desaparición forzada, de acuerdo con el artículo 19 de la declaración».

La observación general del grupo de trabajo

Amparado en tales reflexiones y experiencias, el grupo de trabajo consideró que había llegado la hora de dedicar una observación general a la cuestión de los niños.⁵¹ Se trataba de contemplar el estado de la cuestión, tanto respecto de las diferentes situaciones de hecho como sobre cuestiones jurídicas, en relación con la declaración interpretada a la luz de la evolución del derecho internacional.

En la observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas (2012), el grupo de trabajo manifestó haber catalogado «tres situaciones en las cuales un niño es víctima de una desaparición forzada», a saber, «el niño sometido él mismo a desaparición forzada», el nacido durante la cautividad de su madre sometida a desaparición forzada y «apropiado», y el niño cuyo padre o familiar ha sido sometido a desaparición forzada. De acuerdo con la definición que el grupo ha dado a la noción de «víctima de desaparición forzada», el niño es considerado una «víctima» en los tres supuestos.

El grupo de trabajo enumera seguidamente ciertas situaciones de facto especiales en las cuales los niños pueden ser considerados víctimas de desapariciones forzadas —situaciones que el grupo ha conocido a raíz de cierto número de casos sobre los que se ha reclamado su atención—. Por ejemplo, los niños raptados en el contexto de una actividad criminal «en particular con fines de trabajo infantil, explotación sexual o tráfico de órganos». También se hace referencia a los niños de la calle, en quienes se han interesado los órganos interamericanos de derechos humanos mucho más que el grupo de trabajo, cuya

⁵¹ *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas*, adoptada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su sesión 98.^a (31 de octubre-9 de noviembre de 2012), doc. A/HRC/WGEID/98/1.

atención no ha sido reclamada específicamente en casos individuales.⁵² Pero también tiene en cuenta la problemática de los niños soldados reclutados a la fuerza. En todos estos casos, el grupo de trabajo considera que no se da desaparición forzada salvo en la medida en que las desapariciones sean imputables a «agentes del Estado que forman parte de grupos privados o que sostienen directa o indirectamente a grupos privados, o consienten de manera expresa o tácita las actividades de organizaciones criminales». De este modo, el grupo de trabajo permanece fiel a la definición de «derechos humanos» de la desaparición forzada, excluyendo tal calificación en ausencia de imputación directa o indirecta del Estado. Como hemos visto más arriba, e independientemente del problema competencial, subsiste una cuestión de fondo a la que el grupo de trabajo no se ha enfrentado todavía.

El grupo de trabajo es igualmente fiel a su doctrina de «delito permanente» y la aplica a la situación de los niños, al considerar que «las obligaciones» que incumbían al Estado (en relación con la desaparición forzada) cuando el niño era menor continúan vigentes en tanto no se hayan cumplido enteramente.

Más allá de estas precisiones, la observación general del grupo de trabajo comporta un gran número de elementos que constituyen ya sea recordatorios, ya sea desarrollos nuevos a partir del artículo 20 de la declaración. Como recordatorios, el grupo de trabajo insiste en los diferentes derechos del niño violados por la desaparición forzada, así como sobre la calificación de crimen y sus consecuencias. Recuerda igualmente sus conclusiones relativas a la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en cualquier lugar y a la importancia de establecer en la legislación un sistema de «declaraciones de ausencia por causa de desaparición forzada». En el plano de las novedades, querríamos llamar la atención en particular sobre dos puntos: los datos genéticos y la participación.

El grupo de trabajo ha profundizado durante estos últimos años su reflexión acerca de la cuestión del uso de los datos genéticos en la búsqueda de los desaparecidos, tanto con ocasión de encuentros con distintas organizaciones como en sus misiones sobre el terreno. En su observación general sobre los niños, destaca la utilidad de las pruebas de ADN para «determinar la verdadera identidad de un niño o identificar sus restos o los de miembros de su familia». Asimismo, observa en particular que es necesario que los procedimientos

⁵² Véase la presentación de la jurisprudencia de la corte en L. BURGORGUE-LARSEN y Amaya ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Bruselas: Bruylant, 2008, págs. 442 y ss. a propósito del caso *Villagran Morales y otros contra Guatemala*, y de la opinión consultiva de la Corte n.º 17 *Statut juridique et droits des enfants*, en particular.

relativos a las pruebas de ADN contengan «criterios especiales que tengan en cuenta el interés superior del niño y den todo su valor a la opinión del niño de acuerdo con su edad y grado de madurez». Así:

Los padres o tutores de los niños deberían estar presentes, a menos que tal presencia no sea conveniente teniendo en cuenta las circunstancias, en particular cuando los padres o los tutores sean los presuntos responsables de la desaparición forzada o cuando el niño no desee su presencia. Las pruebas efectuadas por decisión judicial deben llevarse a cabo con el cuidado necesario para que se respete la intimidad y la opinión del niño, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. La propia prueba debería realizarse utilizando los métodos menos invasivos, de manera que se reduzcan al máximo las intromisiones en la intimidad, y teniendo en cuenta el sexo y la edad del interesado.⁵³

Finalmente, en el plano de la participación, el grupo de trabajo insiste en el hecho de que «un niño tiene siempre derecho a ser oído directamente y no solo a través de un representante o de un órgano apropiado, si tal es su superior interés».⁵⁴ Sin embargo, es conveniente «prevenir los riesgos de coacción y de nueva victimización o de victimización secundaria». Lo que implica, por una parte, no pedir a un niño que testifique en un procedimiento judicial contra su voluntad, sin el conocimiento de sus padres, padres adoptivos o tutores, a menos que estos «sean los presuntos autores del crimen de desaparición forzada, que el niño no haya manifestado su inquietud ante la perspectiva de ir acompañado de sus padres o de su tutor, o que el tribunal no juzgue contrario al interés superior del niño la presencia de los padres o del tutor»; por otra parte, se han de reducir los riesgos de violación del derecho a la vida privada «adoptando medidas que permitan en particular al niño hablar con los jueces y expresar sus puntos de vista reservadamente; utilizando conexiones de vídeo para evitar cualquier contacto entre los niños y los autores de los hechos o utilizando dispositivos de deformación de la voz y de la imagen para proteger a los niños».⁵⁵

Gracias a la valentía de las familias de desaparecidos y al trabajo de órganos internacionales como el grupo de trabajo, sabemos hoy que la desaparición forzada no es un accidente, un exceso policial o un efecto colateral inherente a cualquier conflicto armado, sino un *crimen* premeditado, pensado, concebido

⁵³ *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas*, párr. 28.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 41.

⁵⁵ *Ibidem*, párrs. 43-44.

con antelación. Las víctimas de las desapariciones forzadas no son «personas perdidas», desaparecidas en la tormenta de la guerra, sino víctimas de un crimen que merece castigo. La desaparición forzada es una técnica del terror, la misma que, con el siniestro código *Nacht und Nebel*, se condenó en el proceso de Núremberg como crimen de guerra y crimen contra la humanidad.

La desaparición forzada es reconocida como crimen contra la humanidad por la declaración, la Convención y el Estatuto de Roma que creó el Tribunal Penal Internacional. Falta todavía consagrarla como *crimen de guerra*.

Hoy esta técnica de terror se ha globalizado, se ha propagado como un cáncer por todos los continentes, y se ha instruido en ella a generaciones de oficiales de las fuerzas de seguridad como técnica de represión en nombre de la «seguridad nacional». Se continúa utilizando actualmente en numerosos países, junto a la tortura y las ejecuciones sumarias, con la vana creencia de que se trata de un medio eficaz de lucha contra los que, con razón o sin ella, son considerados enemigos del Estado.

Hoy constituye un deber recordar las palabras de Julio Cortázar en su discurso pronunciado con ocasión del coloquio de París de 1981, cuando evocaba «la presencia invisible de miles de desaparecidos [...] en esta sala donde no se encuentran» y cuando ponía en guardia a los verdugos: «Tenemos la obligación de reclamarlos, uno a uno, hasta que la respuesta aporte finalmente la verdad que hoy se quiere eludir».

Uno a uno, los desaparecidos serán reclamados. El grupo de trabajo es el garante de esta exigencia, el guardián de esta promesa.⁵⁶

⁵⁶ Para una reflexión sobre el derecho a la verdad, la memoria y la historia, en particular en relación con las desapariciones forzadas, véase Olivier de FROUVILLE, «Le droit de l'homme à la vérité en droit international: à propos de quelques considérations inactuelles», en Olivier GUERRIER (ed.), *La vérité*, Saint Étienne: Université de Saint Étienne, 2013 (disponible también en www.frouville.org).

Responsabilidad de los Estados por la conducta de actores no estatales causantes de desapariciones forzadas*

Kimio Yakushiji

Introducción

El artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas¹ (en adelante, CIPPDF o, simplemente, la Convención) define «desaparición forzada» como «el arresto, detención, 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 autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley». El artículo 2 desempeña un papel central en la interpretación y la aplicación de la Convención, porque las obligaciones contraídas por los Estados miembros de acuerdo con los artículos 1 y 4 a 25 de la Convención están inseparablemente unidas al concepto de desaparición forzada. Este artículo precisa que, para que pueda hablarse de «desaparición forzada», deben concurrir tres condiciones: *a*) la privación de libertad en contra de la voluntad de la persona afectada; *b*) implicación directa o indirecta del Estado, y *c*) negativa a reconocer dicha privación de la libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley. Por lo que las actuaciones que satisfacen la primera y la tercera condición y que han sido efectuadas por actores no estatales se deberán clasificar como desaparición forzada si han contado con autorización, ayuda o aquiescencia del Estado. En caso contrario, dichas actuaciones no constituyen una desaparición forzada y, en consecuencia, no les incumben las obligaciones detalladas en los citados artículos de la Convención, los cuales se refieren exclusivamente a las desapariciones forzadas.

* Traducción del inglés de Albert Royes.

¹ Adoptada el 20 de diciembre de 2006 y en vigor desde el 23 de diciembre de 2010. Disponible en: www2.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm.

Durante la redacción del borrador de la Convención se propuso que en las legislaciones internas se equiparasen las acciones cometidas por los Estados y por los actores no estatales, con la finalidad de asegurar una mayor protección a las personas [desaparecidas forzadas].² Esta propuesta se basaba en el hecho de que las desapariciones forzadas eran cometidas no solo por agentes gubernamentales y por actores estatales indirectos (del tipo fuerzas de autodefensa), sino también por grupos de combatientes paramilitares antigubernamentales e incluso por bandas criminales organizadas; además, a menudo resultaba difícil discernir si los perpetradores de tales crímenes actuaban con la autorización, ayuda o aquiescencia del Estado o sin ella, pues el encubrimiento de esas actuaciones constituía precisamente el elemento central de las desapariciones forzadas.³ Sin embargo, finalmente las acciones perpetradas por actores no estatales sin la autorización, ayuda o aquiescencia del Estado se excluyeron de la definición de desaparición forzada. En este sentido, la definición de actores no estatales que adoptó la Convención sigue de cerca la Declaración de la ONU para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁴ y va en la línea de la definición de tortura tal como se establece en el artículo 1 de la Convención Contra la Tortura.⁵

No obstante lo dicho, el artículo 3 de la Convención impone a los Estados miembros la obligación de tomar «las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables». No cabe duda, pues, de que en el contexto de la Convención las actuaciones mencionadas en el artículo 3 satisfacen la primera y la tercera condiciones de desaparición forzada, aunque hubiesen sido cometidas por actores no estatales sin la autorización, ayuda o aquiescencia del Estado. Esas actuaciones serán consideradas a efectos prácticos «cuasi desapariciones forzadas». Si bien es cierto que la Convención excluye este tipo de

² Informe redactado por Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco legal internacional de derechos humanos aplicable a la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias conforme al párrafo 11 de la Resolución 2001/46 de la Comisión de la ONU (Documento E/CN.42007/71, pág. 31, párr. 73). Véase también: E/CN.4/Sub.2/1996/16, pág. 11, párr. 46, art. 1 y E/CN.4/Sub.2/1998/19, pág. 8, párr. 22 y pág. 22, Anexo, art. 1. (Los corchetes son nuestros, porque la denominación de «desaparición forzada» aquí empleada tiene un significado más extenso que el que le otorga el art. 2 de la Convención.)

³ *Ibidem*.

⁴ Véase el párrafo 3 del preámbulo de la Declaración adoptada el 18 de diciembre de 1992. Documentos de la ONU, A/RES/47/133.

⁵ Adoptada el 10 de diciembre de 1984 y en vigor desde el 26 de junio de 1987. ONU, *Treaty series*, vol. 1.465, pág. 85.

actuaciones de su definición de desaparición forzada, también es cierto que obliga a los Estados miembros a investigar y llevar ante la justicia a los actores no estatales responsables de ellas. Como consecuencia, las personas sometidas a la jurisdicción de un Estado miembro y que se consideren afectadas por el artículo 3 de la Convención pueden informar de ello al Comité contra la Desaparición Forzada (en adelante, CDF o el Comité) en virtud del artículo 31 de la Convención, con independencia de lo que establece el artículo 24, párrafo 1, según el cual «víctima» significa la persona desaparecida y cualquier otra que haya sufrido daños como resultado directo de una *desaparición forzada* (la cursiva es nuestra).

Debe destacarse, no obstante, que las obligaciones contraídas por los Estados miembros en virtud del artículo 3 en cuanto a las cuasi desapariciones forzadas difieren, tanto en naturaleza como en contenido, de las contraídas con respecto a lo que establece la Convención sobre las desapariciones forzadas. En consecuencia, la responsabilidad de un Estado miembro por las actuaciones realizadas por actores no estatales es también distinta en cada caso. Aunque no cabe duda de que las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 4 a 25 son aplicables a los casos en que han existido desapariciones forzadas, en lo que se refiere a las cuasi desapariciones forzadas dichas obligaciones son limitadas y a menudo ambiguas. Limitadas en lo que respecta al deber de investigar las cuasi desapariciones forzadas y de llevar a sus responsables ante la justicia, y tampoco se hace mención de la obligación de prevención o de reparación por dichas actuaciones. Se puede afirmar incluso que la expresión «tomar las medidas apropiadas» es en sí misma equívoca y debe concretarse. En este sentido, M. L. Vermeulen subraya el hecho de que los crímenes que entran en el artículo 3 resultan excluidos de las obligaciones que se establecen en los restantes artículos de la Convención.⁶ Por otra parte, Huhle indica que algunas obligaciones que la Convención establece y que se refieren a la protección y la prevención —como, por ejemplo, la prohibición de expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado contenida en el artículo 16, así como la obligación de proceder sin demora a realizar la investigación exhaustiva e imparcial a la que se refiere el artículo 12, párrafo 1— podrían incluir los supuestos de cuasi desapariciones forzadas.⁷

⁶ Marthe Lot VERMEULEN, *Enforced disappearance: determining State responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Utrecht University School of Law, Intersentia, 2012, pág. 92.

⁷ Rainer HUHLE, «Non-State actors of enforced disappearance and the UN Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance», *Journal of International Law of Peace and Armed*

Dada la dificultad y lo delicado del tema, el CDF debe distinguir cuidadosamente qué tipo de obligaciones admiten los Estados miembros en lo que respecta a las cuasi desapariciones forzadas, atendiendo a la Convención como un todo y al análisis caso por caso.

Pero, antes de referirnos directamente a esa cuestión, debemos primero analizar qué tipo de conducta (acción u omisión) de un Estado miembro constituye «autorización, ayuda o aquiescencia del Estado» en el sentido del artículo 2 de la Convención. Habida cuenta de las diferentes obligaciones de los Estados miembros según se trate de desapariciones forzadas o de cuasi desapariciones forzadas, resulta imperativo identificar en cada caso si se trata o no de un supuesto de desaparición forzada.

La responsabilidad de un Estado por la conducta de actores no estatales en casos de violación de derechos humanos: dos enfoques según el derecho internacional

La Convención parece ensanchar en cierto modo el campo de la responsabilidad en que incurre un Estado miembro de la CIPPDF por las acciones ilegales cometidas por actores no estatales que hubieran actuado con autorización, ayuda o aquiescencia de un Estado, que es quien asume la responsabilidad de acuerdo con el derecho internacional acerca de la responsabilidad de los Estados. Es importante identificar la diferencia entre ambas responsabilidades, en caso de que exista, para la ulterior clarificación de la expresión «autorización, ayuda o aquiescencia» a la que se refiere el artículo 2 de la Convención. Como es habitual en el derecho internacional, un Estado es responsable por las actuaciones ilegales que, por acción u omisión, le sean atribuidas de acuerdo con el derecho internacional, y ello constituye el fundamento para establecer las obligaciones internacionales de dicho Estado.⁸ Sobre la base de este principio, deben tenerse en cuenta dos procedimientos distintos para atribuir responsabilidades a un Estado por la actuación ilegal de actores no estatales.

Conflict, 1/2013, pág. 25. En este artículo, la denominación «actores no estatales» se refiere a grupos que actúan sin la autorización, ayuda o aquiescencia del Estado (pág. 22).

⁸ Véase el artículo 2 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, informe de la Comisión de Derecho Internacional (sesión 53), ONU, Documento A/56/10 (en adelante, Informe CDI 2001), pág. 43.

Procedimiento para la atribución de actuaciones

El primer procedimiento se centra en la atribución de la actuación de una persona o de un grupo de personas al Estado. De acuerdo con las normas generales de derecho internacional, la actuación de un organismo de un Estado debe considerarse un acto de Estado si dicho organismo actúa dentro de su capacidad, incluso si se excede en su autoridad o si contraviene determinadas instrucciones,⁹ por lo que resulta evidente que un Estado es responsable de las desapariciones forzadas cometidas por sus agentes. Por el contrario, las acciones llevadas a cabo por una persona particular o por un grupo de personas no deben, en general, ser consideradas un acto del Estado. Sin embargo, existen casos excepcionales en los que la conducta de esas personas ha de considerarse un acto de Estado desde la perspectiva del derecho internacional. Por ejemplo, según establece el artículo 8 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI), la conducta de una persona o de un grupo de personas debe considerarse un acto de Estado «si la persona o el grupo de personas ha actuado de hecho siguiendo instrucciones, o bajo el control o la dirección del Estado».¹⁰ Las desapariciones forzadas cometidas por personas o grupos de personas que actúan con la autorización o la colaboración del Estado pueden o no verse afectadas por esta norma según las circunstancias. No obstante, las desapariciones forzadas cometidas por personas o grupos de personas que actúan con la aquiescencia del Estado no deberían ser consideradas un acto de Estado según el derecho internacional sobre atribución de conductas, porque la mera aquiescencia podría no constituir ni «reconocimiento» ni «adopción» según lo establecido por el artículo 11 del Informe del CDI.¹¹ Carece de sentido, pues, que las cuasi desapariciones forzadas llevadas a cabo sin algún tipo de implicación de un Estado puedan considerarse un acto de Estado. Con todo, esta regla general puede ser obviada si la primera regla de un tratado establece otra cosa, pues *lex specialis derogat lege generali*.

⁹ Véanse los artículos 4 y 7 del Informe CDI 2001, *ibidem*, pág. 44.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 45.

¹¹ *Ibidem*, párrs. 7 y 9 del Comentario al art. 11. Siguiendo a la CDI, la expresión «reconoce y adopta» deja claro que se requiere algo más que un reconocimiento general de la situación de hecho; como mínimo, que el Estado identifique la conducta en cuestión y la asuma bien mediante el reconocimiento y la adopción de dicha conducta, o bien ello pueda inferirse directamente de la conducta del Estado.

Procedimiento de la obligación de prevenir

Este segundo procedimiento se centra en la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia para proteger a las personas de las infracciones de los derechos humanos por parte de terceros. Aunque los acuerdos sobre los derechos humanos no pueden obligar directamente a personas o grupos de personas particulares, sí pueden, en cambio, imponer obligaciones positivas para asegurar el respeto de aquellos por los Estados miembros. En estos casos, si un Estado miembro no previene o no castiga adecuadamente las infracciones de estos derechos cometidas por dichas personas, deberá admitir su responsabilidad por esta inacción. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIADH), en 1988 y con ocasión del caso de desaparición forzada *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sostuvo lo siguiente: «En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado —por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión— puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para gestionarla en los términos requeridos por la Convención».¹² La expresión «debida diligencia» es fundamental en el contexto de la obligación de prevención. El Tribunal Internacional de Justicia (en adelante, TIJ) insiste, en la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (en adelante, Aplicación de la Convención sobre el Genocidio), en que la citada obligación lo es de conducta y no de resultado, y en que la expresión «debida diligencia» es de extrema importancia en esta situación concreta, por lo que, a la hora de decidir si un Estado ha cumplido realmente con sus obligaciones se han de tener en cuenta en este punto parámetros tales como la capacidad de influir en la actuación de personas que hayan cometido genocidio o que efectivamente lo cometan.¹³ Puesto que la obligación de prevenir es un componente prioritario del derecho Internacional, el grado de debida diligencia necesaria en la prevención de las desapariciones forzadas puede ser diferente del de otras transgresiones de los derechos humanos, ya que, si bien el Estado debe responsabilizarse

¹² Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, CIADH, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 172 (www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/velasquezrodriguez.pdf).

¹³ Caso *Bosnia-Herzegovina vs. Serbia y Montenegro*, concerniente a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, sentencia del 26 de febrero de 2007, TIJ, 2007-1, pág. 221, párr. 430.

por no haber ejercido la debida diligencia en grado suficiente, ello no significa que las acciones punibles cometidas por personas individuales equivalgan automáticamente a actuaciones del Estado. Pero si esta interpretación es correcta, ¿qué significa entonces el concepto de «personas que actúan con la aquiescencia del Estado» al que se refiere el artículo 2 de la Convención? ¿La falta de la debida diligencia constituye por sí misma *aquiescencia*, o para que esta se dé se precisa una mayor participación del Estado?

Criterios para atribuir al Estado actuaciones de actores no estatales y criterios para la obligación positiva de prevenir: normas secundarias y normas primarias

Los procedimientos adoptados por el TIJ y por otros Tribunales sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas con respecto a los criterios para atribuir a un Estado actuaciones de actores no estatales y los criterios sobre qué constituye la «debida diligencia» son en parte similares, pero en parte diferentes. Los tratados de derechos humanos fundamentan estos criterios basándose en primer lugar en las normas primarias establecidas por la Convención sobre los derechos humanos que constituyen *lex specialis* en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado.¹⁴

Criterios adoptados por el TIJ en la Aplicación de la Convención sobre el Genocidio

En la Aplicación de la Convención sobre el Genocidio, el TIJ debía dilucidar si la República Federal de Yugoslavia (en adelante, RFY o Serbia) era responsable de los actos de genocidio perpetrados en Srebrenica por miembros del Ejército de la República Srpska (en adelante, ERS). Aunque este es el único caso en que se acusó a un Estado de las masacres cometidas por un grupo paramilitar en un país extranjero que combatía contra su gobierno, por haberle dado apoyo y ayuda, el procedimiento adoptado por el TIJ puede ser de utilidad en el punto que ahora nos ocupa. El tribunal analizó primero si el acto de genocidio perpetrado por el ERS podía atribuirse a la RFY según la legisla-

¹⁴ Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de septiembre de 2005, párr. 107. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf.

ción internacional sobre la responsabilidad del Estado y, en segundo lugar, si los actos de complicidad en estas actuaciones los habían cometido personas cuya conducta era atribuible a la RFY de acuerdo con la citada legislación. Puesto que el tribunal contestó negativamente a ambas cuestiones, analizó finalmente si la RFY había cumplido con su obligación de prevenir y castigar el genocidio, y concluyó que Serbia había incumplido dicha obligación.¹⁵ En opinión del tribunal, dicha conclusión es lógica porque, si los actos de genocidio podían atribuirse a la RFY, era del todo innecesario determinar su complicidad en esos mismos actos; y porque, si la RFY era considerada responsable de actos de genocidio o de complicidad en ellos, no tenía sentido preguntarse por su grado de cumplimiento de la obligación de prevención de esos mismos actos.¹⁶

Por lo que respecta al criterio de atribución, aunque el tribunal reconoció teóricamente que personas individuales o grupos de personas pudieran —en relación con la legislación sobre la responsabilidad del Estado— equipararse de facto con órganos estatales si actuaban con la «total dependencia» del Estado, no consideró que el ERS fuera un mero instrumento de la RFY.¹⁷ Además, de acuerdo con la definición de «control efectivo» adoptada en su sentencia sobre Actividades Militares y Paramilitares,¹⁸ en la que rechazó la definición de «control total» utilizada por el Tribunal Penal Internacional (en adelante, TPI) para la antigua Yugoslavia en el caso *Tadic*,¹⁹ el TIJ sostuvo que «no había quedado bien establecido ni que esas masacres fueran cometidas *siguiendo instrucciones o bajo la dirección* de órganos del demandado, ni que este hubiera ejercido *el control efectivo de las operaciones* en el transcurso de las cuales las citadas masacres, que podrían constituir un crimen de genocidio, fueron perpetradas» (la cursiva es nuestra), por lo que el tribunal concluyó que las actuaciones de genocidio no debían atribuirse a la RFY.²⁰ Con respecto al criterio de complici-

¹⁵ Aplicación de la Convención sobre el Genocidio, págs. 199-200, párrs. 379 y 238, párr. 471.

¹⁶ *Ibidem*, págs. 200-201, párrs. 380-383.

¹⁷ *Ibidem*, págs. 204-206, párrs. 391-395.

¹⁸ Caso *Nicaragua vs. USA*, concerniente a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, sentencia. Informe TIJ 1986, págs. 64-65, párr. 115. El tribunal estableció que «debería probarse primero que el Estado tenía el control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el transcurso de las cuales se cometieron los delitos alegados».

¹⁹ Caso *Tadic*, IT-94-1-A, TPI, sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 141. El tribunal concluyó que, «puesto que las fuerzas armadas de Bosnia-Serbia constituían una “organización militar”, el control de las autoridades de la RFY sobre estas fuerzas armadas que exige la legislación internacional podía considerarse “total”, no solo mediante la financiación y equipamiento de dichas fuerzas sino también mediante la participación en la planificación y la supervisión de las operaciones militares». www.icty.org/action/cases/4.

²⁰ Aplicación de la Convención sobre el Genocidio, pág. 208, párrs. 400 y 214-215, párr. 413.

dad, el TPI lo comparó con el de «ayuda o asistencia» establecido por el artículo 16 del Informe CDI sobre la responsabilidad del Estado²¹ y adoptó el punto de vista según el cual «la conducta de un organismo o de una persona que proporcione ayuda o asistencia a quien perpetrare un delito de genocidio no debe considerarse complicidad en el genocidio excepto que este organismo o persona *actúe a sabiendas*, es decir, que conozca con certeza la intención específica (*dolus specialis*) del principal perpetrador». ²² Dado que dicho conocimiento cierto no se pudo establecer de manera concluyente, el tribunal rechazó la responsabilidad de la RFY en este caso. ²³ Como ya se ha dicho, el criterio para atribuir al Estado la conducta de actores no estatales, y por lo tanto para responsabilizarlo de haber ayudado a dichos actores, es muy exigente. En consecuencia, y atendiendo a las normas de la legislación internacional sobre responsabilidad del Estado, no todas las actuaciones delictivas de personas o de grupos de personas que actúan con la autorización o la ayuda del Estado deben atribuirse necesariamente a este Estado, ni suponen en todos los casos la responsabilidad del Estado que haya autorizado o facilitado dicha ayuda. Así considerado, el significado de las palabras «autorización» y «ayuda» incluidas en el artículo 2 de la CIPPDF tienen un significado más amplio que el de «instrucción, dirección o control efectivo» y «ayuda o asistencia» manejados en el contexto de la responsabilidad de los Estados.

En lo que respecta al criterio de «debida diligencia», incluido en la obligación de prevenir, el TPI sostuvo que para que un Estado incurra en responsabilidad «es suficiente que el Estado *estuviera seguro, o que pudiera estar razonablemente seguro, del grave peligro* que comportarían los actos de genocidio cometidos». ²⁴ Basándose en lo anterior, el tribunal llegó a la conclusión de que «teniendo en cuenta su innegable influencia e información, las autoridades federales de Yugoslavia [...] deberían haberse esforzado en mayor medida para intentar impedir los trágicos acontecimientos que se han descrito»; «sin embargo, el demandado no ha proporcionado razones que hagan pensar que tomó algún tipo de iniciativa para prevenir lo que ocurrió, ni que por su parte llevara a cabo actuación alguna para impedir las atrocidades que se llevaron a cabo». En consecuencia, la RFY incumplió su obligación de evitar el genocidio e incurrió así

²¹ Informe CDI, pág. 153. Véase el comentario a la parte introductoria del cap. IV, párr. 7. La noción de *complicidad* se consideró análoga a la de *atribución*.

²² Aplicación de la Convención sobre el Genocidio, págs. 216-217, párr. 419 y pág. 218, párr. 421. La cursiva es nuestra.

²³ *Ibidem*, págs. 218-219, párrs. 423-424.

²⁴ *Ibidem*, págs. 222-223, párr. 432. La cursiva es nuestra.

en responsabilidad internacional.²⁵ El criterio de estar razonablemente seguro de que esas violaciones de derechos humanos ocurrirían es considerablemente menos exigente que el de complicidad necesaria, es decir, de total conocimiento de los hechos. La omisión intencionada de acciones preventivas contra las actuaciones de actores no estatales en la violación de derechos humanos, a pesar del convencimiento de las graves consecuencias que seguirían, es a lo que debe denominarse «aquiescencia», si bien cabe dudar que en todos los casos de incumplimiento de la obligación de prevenir pueda hablarse, efectivamente, de «aquiescencia».

Criterios adoptados por tribunales de derechos humanos y los tratados de las Naciones Unidas en relación con las desapariciones forzadas

Cuestiones preliminares

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Comité de Derechos Humanos (en adelante, CDH) dictaminaron acerca de la responsabilidad de un Estado por la conducta de actores no estatales que hubieran cometido violaciones de derechos humanos basándose principalmente en normas primarias de las convenciones sobre derechos humanos creadas por ambas instancias. Desde el momento en que los Estados miembros firmantes de dichas convenciones se comprometieron a respetar a todas las personas bajo su jurisdicción y a proporcionarles seguridad, los conceptos de «jurisdicción» y de «proporcionar seguridad» pasan a tener un papel predominante en la interpretación y la aplicación de esas convenciones. Sirva como ejemplo la decisión del TEDH en el caso *Catan y otros vs. Moldavia y Rusia*,²⁶ en el cual este tribunal debía establecer si Rusia era responsable de las actuaciones de las autoridades de facto de la República Moldava de Transnistria (en adelante, RMT), que habían infringido el derecho a la educación de acuerdo con la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) en la citada región de la República de Moldavia a causa de las acciones del ejército ruso y otros intervinientes en la RMT. El tribunal reconoció que, en este caso, los demandantes estaban bajo la jurisdicción de Rusia de acuerdo con el artículo 1 de la Convención, porque

²⁵ *Ibidem*, págs. 225-226, párr. 438.

²⁶ Caso *Catan y otros vs. Moldavia y Rusia* (aplicaciones números 43370/04, 8252/05 y 18454/06), TEDH, sentencia de 10 de octubre de 2012 (en adelante, caso *Catan y otros*). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114082> y reproducido en 52 ILM 221 (2013).

«el alto nivel de dependencia de la RMT de la ayuda rusa proporciona un poderoso indicio de que Rusia ejerció efectivamente un fuerte control y una influencia decisiva sobre la administración de la RMT durante la etapa de crisis de escolarización». ²⁷ En palabras del tribunal, puesto que, de acuerdo con el artículo 1, el Estado que ejerce el control es responsable de asegurar en su zona de control el ejercicio efectivo de todos los derechos sustantivos a los que se refiere la Convención, ²⁸ «no es imprescindible establecer si Rusia ejerció o no un control minucioso sobre las leyes y las conductas de la administración local subordinada», con lo que, de acuerdo con la Convención, Rusia incurre en responsabilidad «en virtud de su continuado apoyo militar, económico y político a la RMT». ²⁹ Esta decisión parece apuntar que, si la ayuda facilitada por un Estado a actores no estatales es de tal envergadura que este Estado posee el control y una influencia decisiva sobre dichos actores, el Estado deberá responsabilizarse enteramente de las acciones llevadas a cabo por los actores no estatales pues estos se habrán convertido de hecho en órganos del Estado. Pero esta interpretación de la decisión del tribunal parece contradecir la propia sentencia del tribunal, según la cual se debe distinguir entre normas de jurisdicción y normas de atribución, aunque en la sentencia no hace mención alguna de estas últimas. Por otra parte, la interpretación de que la sentencia se fundamente en la obligación positiva de Rusia de prevenir con la debida diligencia las actuaciones delictivas de la RMT, siguiendo el artículo 1 de la Convención, encuentra también algunas dificultades ya que la sentencia no dice casi nada sobre los niveles de debida diligencia con los que Rusia debería haber actuado con respecto a la RMT. ³⁰ Si se tiene en cuenta que la debida diligencia es una obligación de conducta y no de resultado, la diligencia necesaria para no transgredir la obligación positiva de prevenir violaciones de derechos humanos por parte de terceros debe establecerse caso por caso, incluso aunque la jurisdicción de un Estado sobre terceros no ofrezca duda alguna. Sin embargo, la sentencia parece

²⁷ *Ibidem*, párrs. 111-123. El tribunal puso de relieve que «las pruebas para el establecimiento de “jurisdicción” según el artículo 1 de la Convención no han sido nunca equiparables con las pruebas para establecer la responsabilidad de un Estado en caso de delito intencionado según el derecho internacional» (párr. 115). El tribunal mantuvo su anterior decisión en el caso *Ilascu et al. vs. Moldavia y Rusia* de que la RMT había sobrevivido gracias a la ayuda militar, económica, financiera y política facilitada por Rusia y había permanecido hasta hacía muy poco tiempo bajo la decisiva influencia de Rusia; de hecho, Rusia no impugnó esta decisión del tribunal. *Ilascu et al. vs. Moldavia y Rusia* (aplicaciones números 48787/99), sentencia del TEDH, 2004-VII, párr. 392.

²⁸ *Ibidem*, párrs. 103 y 106.

²⁹ *Ibidem*, párr. 150.

³⁰ Véase Marco Milanovic, sentencia caso *Catan y otros*. Disponible en: www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-Catan-and-others.

indicar que, en última instancia, la diligencia exigida al Estado que ejerce el control puede ser tan estricta como para responsabilizar incondicionalmente a este Estado por las acciones de terceros, si este control alcanza en realidad niveles de influencia decisiva para la supervivencia de dichos terceros.

En cuanto a las desapariciones forzadas, la experiencia muestra que numerosas actuaciones de desapariciones forzadas han sido perpetradas con la implicación directa de actores estatales. Con todo, aunque dichos crímenes se han realizado a menudo bajo control del Estado y con su complicidad, es extremadamente difícil exigir responsabilidades a un Estado miembro por las actuaciones de sus actores. A pesar de ello, tanto el TEDH como el CDH han conseguido vencer esta dificultad, mediante la técnica legal de cambiar la carga de la prueba o mediante el envío de auditores sobre el terreno, como ha sido el caso del TEDH y de la CIADH. Por ejemplo, el CDH ha llegado a la conclusión de que se deben tener en cuenta tanto las alegaciones del demandante como las pruebas creíbles aportadas, aun en ausencia de pruebas o de explicaciones en sentido contrario aducidas por el Estado miembro, al considerar que únicamente el Estado miembro posee la información relevante sobre lo acaecido.³¹ Aunque dichos esfuerzos son de enorme importancia, otros autores³² ya han profundizado en la problemática de la responsabilidad de un Estado por las actuaciones de actores no estatales en el caso de desapariciones forzadas.

Criterios adoptados por la CIADH

Tres casos presentados ante la CIADH constituyen ejemplos típicos de hasta qué punto resulta problemático atribuir responsabilidad a un Estado miembro por actuaciones de actores no estatales. En el caso *Blake vs. Guatemala*, en el que dos ciudadanos norteamericanos fueron anónimamente secuestrados y asesinados por miembros de una patrulla civil, la corte sostuvo que «la *aquiescencia* del Estado de Guatemala en la perpetración de este tipo de actuaciones [a saber, repetidas violaciones de derechos humanos] por patrullas civiles muestra que estas patrullas debían ser consideradas *actores* estatales y que, en consecuen-

³¹ Véase, por ejemplo, *Sharma vs. Sri Lanka* (Comunicación 950/2000), CDH, decisión adoptada el 16 de julio de 2003, Informe del CDH, ONU, Documento A/58/40 (vol. II), pág. 256, párrs. 8.7 y 8.8.

³² Tullio SCOVAZZI y Gabriella CITRONI, *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, 2007, págs. 104-131; Marthe Lot VERMEULEN, *op. cit.*, págs. 216-252; Helen KELLER y Olga CHERNISHOVA, *Disappearance cases before the European Court of Human Rights and the U.N. Human Rights Committee: convergence and divergence*, *Human Rights Law Journal* (HRLJ), vol. 32, núm. 7-12, 2012, págs. 243-244.

cia, sus actuaciones *debían imputarse* al Estado». ³³ Aunque la corte usa el término «aquiescencia», considera que las actuaciones de patrullas civiles son atribuibles a Guatemala por el hecho de que «las patrullas civiles *mantenían una relación institucional con el ejército, realizaban funciones de colaboración con las fuerzas armadas* e incluso recibían recursos, armas, formación y *órdenes directas del ejército guatemalteco operando bajo su supervisión*». ³⁴ Teniendo en cuenta las estrechas relaciones entre las patrullas civiles y el ejército de Guatemala, aquellas deben considerarse una entidad auxiliar del ejército entrenadas para ejercer la autoridad del Gobierno de acuerdo con lo establecido por el artículo 6 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado, y satisfacen además los requisitos del artículo 8. En el caso de la *Masacre de Mapiripán*, aproximadamente 49 personas del municipio de Mapiripán fueron asesinadas por casi 120 miembros de grupos paramilitares (denominados Autodefensas Unidas de Colombia, en adelante AUC) que en un principio se habían organizado como «grupos de autodefensa» para ayudar al Gobierno en la lucha contra la guerrilla, pero que luego se convirtieron en escuadrones de la muerte proscritos por el Gobierno. La masacre se llevó a cabo con «la colaboración, la aquiescencia y la tolerancia» de las fuerzas armadas del Estado, lo que incluyó medios de transporte hacia y desde la escena del crimen, soporte logístico, evacuación de tropas lejos de su puesto de estacionamiento habitual en el momento de la perpetración de los asesinatos, etc. Sin embargo, en este caso no había evidencia alguna de que existiera una relación jerárquica entre el ejército y los grupos paramilitares o bien delegación de funciones públicas en estos últimos. ³⁵ La CIADH, basándose en las obligaciones contenidas en los artículos 1 1) y 2 de la Convención, razonó como sigue: «tanto la conducta de sus propios agentes como la de los grupos paramilitares son *atribuibles* al Estado, desde el momento que actuaban de hecho en situaciones y en zonas que estaban bajo control del Estado»; además, «el Estado es declarado responsable de dichos actos en base a su obligación *erga omnes* de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos humanos en las relaciones entre individuos». ³⁶ A pesar de que las AUC no eran de facto entidades autorizadas para realizar acciones como autoridad gubernamental y que ni siquiera habían sido instruidas por el Gobierno o dirigidas directamen-

³³ Caso *Blake vs. Guatemala*, CIADH, sentencia del 24 de enero de 1998, párr. 78. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seric_36_ing.pdf. La cursiva y los corchetes son nuestros.

³⁴ *Ibidem*, párr. 76. La cursiva es nuestra.

³⁵ Para detalles de los hechos del caso, véase: caso de la *Masacre de Mapiripán*, párrs. 96.6-96.56 y párr. 120.

³⁶ *Ibidem*, párrs. 107, 120 y 123. El tribunal reconoció la transgresión de los artículos 4 1), 5 1), 5 2), 7 1) y 7 2) de la Convención con respecto a las víctimas de la masacre.

te por este, lo mínimo que puede decirse es que el ejército las ayudó o les dio soporte conociendo las circunstancias de la masacre. Pero si la CIADH admitió la responsabilidad de Colombia por las actuaciones de las AUC fue sobre todo por el incumplimiento por parte del Estado de la obligación positiva de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos en las relaciones entre personas. Al mismo tiempo, la corte consideró las acciones de las AUC como atribuibles al Estado porque estas actuaban en áreas que estaban bajo control del Estado. Aunque esa misma observación parece ser casi idéntica al caso *Catán y otros* ya citado, debe distinguirse entre dos tipos de responsabilidad: basada en la atribución de conductas, por una parte, y basada en la no observación de la debida diligencia, por otra. En el caso de las AUC, el concepto de aquiescencia representa un alto grado de «colaboración, aquiescencia y tolerancia» de las fuerzas armadas del Estado para con la actuación de las AUC. En el caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 43 personas de esta localidad fueron secuestradas y asesinadas por unos 60 miembros de grupos paramilitares (llamados Tanguelos) que pertenecían a «grupos de autodefensa» colombianos. En este caso no existían pruebas de ayuda por parte de miembros del ejército y la única conexión entre este y los grupos paramilitares era el paso de estos últimos por una zona que había sido declarada «de emergencia y de operaciones militares».³⁷ La CIADH, basándose en lo establecido en el caso de la *Masacre de Mipiripán*, insistió en que el deber de debida diligencia estaba condicionado por la «certeza de una situación de real e inminente riesgo para una persona o un grupo de personas y por las posibilidades razonables de prevenir o de evitar este riesgo», deber que exigía del Estado que adoptara medidas especiales para evitar que se produjera una tal masacre en una zona declarada «de emergencia y de operaciones militares».³⁸ Por consiguiente, la corte sostuvo que «la responsabilidad por las actuaciones de miembros de grupos paramilitares en este caso particular debe ser atribuida al Estado, pues este no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil» dadas las especiales circunstancias del caso.³⁹ La corte estableció la responsabilidad de Colombia basándose en la obligación positiva de este Estado de tomar medi-

³⁷ Caso *Pueblo Bello Masacre vs. Colombia*, CIADH, sentencia del 31 de enero de 2006. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seric_140_ing.pdf. Respecto a los detalles de la masacre, véanse párrs. 95 (30) - 95 (44).

³⁸ *Ibidem*, párrs. 120-123 y 139.

³⁹ *Ibidem*, párr. 140. El tribunal concluyó que el Estado no cumplió con su obligación de garantizar los derechos humanos recogidos en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención. Además, admitió la conclusión de la Comisión Europea de Derechos Humanos según la cual no había suficiente evidencia para establecer sin ninguna duda que oficiales del Estado llevaron a cabo la matanza.

das especiales para la protección de los habitantes del riesgo de masacres de manera proporcional al inminente peligro al que estaban expuestos. Cabe destacar que la corte nunca se basó en el concepto de aquiescencia para tomar su decisión, aunque los representantes de las víctimas sí se fundamentaban en este concepto para argumentar la implicación del Estado en esta masacre.

Criterios adoptados por el TEDH

Las decisiones del TEDH sobre esta cuestión se han fundamentado especialmente en la obligación positiva contraída por los Estados miembros de acuerdo con el artículo 1 de la Convención en circunstancias en las que no es posible identificar a los causantes de la acción. Así lo estableció este tribunal en el caso *Mahmut Kaya vs. Turquía*, aduciendo que «para que surja una obligación positiva debe ser evidente que las autoridades conozcan o hayan conocido en su momento la existencia de *un riesgo real e inmediato* para la vida de una persona o de un grupo de personas a causa de actos criminales de terceros y que no hubiesen tomado medidas para, en la medida de sus posibilidades, *evitar este riesgo*». ⁴⁰ En este caso, si bien no quedó suficientemente acreditado, más allá de cualquier duda razonable, que actores estatales estuvieron involucrados en la desaparición forzada y el asesinato de Kaya (simpatizante del Partido de los Trabajadores de Kurdistán, en adelante PTK), el tribunal tomó su decisión basándose en el citado criterio según el cual las autoridades «conocían o podían haber conocido la posibilidad de este riesgo a causa de las actividades de personas o grupos que actuaban con la aquiescencia de determinados elementos de las fuerzas armadas», habida cuenta del significativo número de asesinatos de miembros o de simpatizantes del PTK ocurridos en 1993. ⁴¹ Según este tribunal, las numerosas deficiencias institucionales ocurridas en la implementación del código penal respecto de actos ilícitos en los que estuvieran involucradas las fuerzas de seguridad socavó la eficacia de la protección establecida en el propio código penal, lo cual impidió que Kaya gozara de protección. ⁴² Entre estas deficiencias se incluían la investigación llevada a cabo por la policía, que no intervino en los incidentes en los que estaban involucrados miembros de las

⁴⁰ Caso *Mahmut Kaya vs. Turquía* (aplicación núm. 22535/93), TEDH, sentencia del 28 de marzo de 2000, párrs. 86 y 87-91. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58523>. La cursiva es nuestra.

⁴¹ *Ibidem*, párrs. 87-91. Para los hechos del caso, véanse especialmente los párrs. 8 a 53.

⁴² *Ibidem*, párrs. 94 a 99.

fuerzas de seguridad, los cuales no fueron procesados por el Tribunal de Seguridad Nacional. En consecuencia, el tribunal llegó a la conclusión de que las autoridades turcas descartaron tomar medidas razonables (operaciones preventivas) perfectamente posibles para prevenir un real e inmediato riesgo para la vida de Kaya. En esta misma línea, este mismo tribunal, en su sentencia *Koku vs. Turquía*, se refirió a la transgresión por omisión por parte de Turquía del artículo 2, tanto sustantiva como procedimental.⁴³ En cuanto a lo primero, el tribunal destacó que las autoridades evitaron tomar sin demora las medidas razonables disponibles —por ejemplo, obteniendo más información de su familia e interrogando a testigos visuales— para prevenir el real e inmediato riesgo para su vida, a pesar de que este riesgo era evidente tras su desaparición en un contexto en el que algunos políticos del mismo partido ya habían sido secuestrados y asesinados.⁴⁴ No obstante, la predicción de un riesgo real e inmediato para la vida y la prevención de este riesgo varían caso por caso en función de diferentes elementos. Por ejemplo, en el caso *Medova vs. Rusia*, en el que la policía y el fiscal del distrito de Ingusetia entregaron a Medova a un grupo de secuestradores que habían falsificado credenciales del Servicio de Seguridad Federal de Chechenia, el tribunal estimó que las autoridades minimizaron el evidente riesgo para la vida de Medova al no prestar la debida atención a diversos factores como el sospechoso comportamiento de los secuestradores, quienes inicialmente se negaron a obedecer las órdenes de la policía y a identificarse debidamente, así como la inexistencia de documentos que atestiguaran su participación en la operación.⁴⁵ La sentencia del caso *Medova* también precisó que la primera frase del artículo 5, párrafo 1, de la Convención debe interpretarse en el sentido de la existencia de una obligación positiva del Estado de proteger la libertad de sus ciudadanos y concluyó que, vistas las circunstancias específicas del caso, «las autoridades no pusieron fin a la arbitraria detención del señor Medov cuando podían hacerlo, lo cual constituyó una transgresión del artículo 5 de la Convención».⁴⁶ En cambio, en el caso *Tsechoyev vs. Rusia*, en que los dirigentes del centro de detención provisional número 1 (SIZO núm. 1) de Nalchik entregaron a Tsechoyev a individuos que llevaban uniformes de la policía y presentaron documentos de identificación falsos, dichos dirigentes no

⁴³ Caso *Koku vs. Turquía* (aplicación núm. 27305/95), TEDH, sentencia del 31 de mayo de 2005, párrs. 125-146 y 147-161. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69208>.

⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 131 a 146.

⁴⁵ Caso *Medova vs. Rusia* (aplicación núm. 25385/04), TEDH, sentencia del 15 de enero de 2009, párrs. 95-100. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90645>.

⁴⁶ *Ibidem*, párrs. 122-124.

sospecharon nada en absoluto y su familia no puso ninguna objeción al sobreseimiento de la acusación contra ellos. El tribunal consideró que «dada la peculiar cadena de acontecimientos que condujeron a su muerte, estos no podían ser conocidos por los dirigentes del SIZO núm. 1 en el momento de entregarlo a los falsos policías». ⁴⁷ La demanda por transgresión del artículo 5 de la Convención fue rechazada por falta de pruebas.

Recapitulación

Como se ha escrito anteriormente, un Estado miembro de un tratado sobre derechos humanos incurre en responsabilidad por la actuación de un actor no estatal que haya atentado contra los derechos humanos si algunos organismos del Estado hubieran mantenido relaciones institucionales con este actor o si le hubieran prestado ayuda conociendo de modo suficiente este tipo de actuación. Los tratados de derechos humanos consideran esta conducta del Estado como atribuible al Estado miembro, pero este criterio no siempre se aplica atendiendo a las reglas de atribución del derecho internacional. Cuando la implicación de un Estado miembro no ha sido suficientemente probada, los tribunales han recurrido a la obligación positiva de prevenir e investigar las violaciones de derechos humanos cometidas por un actor no estatal. Tanto el TEDH como la CIADH han adoptado dos criterios para que se dé efectivamente una transgresión de dicha obligación positiva. El primero, que las autoridades concernidas conocieran o pudieran haber conocido en su momento la existencia de un *riesgo real e inmediato* de desaparición forzada y la consiguiente tortura o asesinato de una persona o de un grupo de personas por parte de un actor no estatal. El segundo, que estas mismas autoridades no hubiesen tomado medidas, dentro de sus posibilidades, que, de manera razonable, *pudieran haber evitado dicho riesgo*. La evitación de un riesgo real e inmediato y la prevención de desapariciones forzadas y asesinatos dependen de las circunstancias de cada caso concreto. Por lo tanto, se deberá valorar caso por caso la certeza del riesgo y su posible prevención, prestando especial atención a la situación específica de cada desaparición.

En cuanto a la noción de aquiescencia, este concepto se ha venido utilizando para referirse a la relación institucional entre un Estado y el perpetrador.

⁴⁷ Caso *Tsechoyev vs. Rusia* (aplicación núm. 39358/05), TEDH, sentencia del 15 de marzo de 2011, párrs. 139-142. Para detalles de los hechos, véanse párrs. 8-32. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103933>.

dor de la desaparición forzada, la ayuda o la tolerancia de miembros de organismos del Estado (tales como las fuerzas de seguridad) en la comisión del delito, o también la inacción de agentes del Estado (tales como los fiscales) en momentos de crucial importancia para la investigación inmediatamente después de que se hubiera producido una desaparición forzada y desoyendo las repetidas demandas interpuestas por los allegados de las víctimas.⁴⁸ No obstante, este término no se ha utilizado en contextos en los que resulta discutible la transgresión de la obligación positiva del Estado de prevenir las desapariciones forzadas y los asesinatos causados por terceros. M. L. Vermeulen, basándose en sus propias investigaciones sobre los tratados, llama la atención acerca de que los dos casos siguientes entran de lleno en el concepto de aquiescencia: cuando existe una relación institucional entre los actores estatales que hayan cometido el delito y el Estado en cuestión; y cuando las autoridades del Estado hubieran participado activamente para facilitar la comisión del delito. Por otra parte, siempre de acuerdo con el punto de vista de esta investigadora, es objeto de controversia si el incumplimiento por parte del Estado del deber de prevenir un riesgo identificable entra dentro de este concepto. Sugiere que, salvo en caso de displicencia en la investigación de un caso aislado de desaparición perpetrado por actores no estatales sin que en él estuviera involucrado el Estado y sin que concurren factores agravantes, debería ampliarse el concepto de aquiescencia para que se incluyera en él el hecho de no tomar medidas preventivas para evitar este tipo de delitos.⁴⁹ En cualquier caso, cuando se ve involucrada la responsabilidad de un Estado por la actuación de actores no estatales, lo importante es si este Estado es o no responsable de las actuaciones de desapariciones forzadas realizadas por un actor no estatal, ya sea por la vía de la atribución de dicha actuación delictiva al Estado, o por la vía de la responsabilidad derivada del Estado por su ayuda y asistencia en la comisión del delito, o bien a causa de no haberse tomado las medidas preventivas apropiadas. Sin embargo, la cuestión de cuál de esos tres supuestos entra dentro del concepto de aquiescencia *per se* no parece importante en la letra de los tratados; en cambio, para la CIPPDF la cuestión de si una actuación de desaparición forzada fue perpetrada por un actor no estatal con la aquiescencia del Estado es, precisamente, lo primero que debe dilucidarse a fin de responsabi-

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, el caso *Blake vs. Guatemala*, párr. 78; el caso de la *Masacre de Maipripán*, párrs. 120 y 235; el caso *Mahmut Kaya vs. Turquía*, párrs. 74 y 91; el caso *Baysayeva vs. Rusia* (aplicación núm. 74237/01), TEDH, sentencia del 5 de abril de 2007, párr. 119; el caso *Imakayeva vs. Rusia*, sentencia del 9 de noviembre de 2006, párr. 155.

⁴⁹ M. L. Vermeulen, *op. cit.*, págs. 429-430.

lizar o no al Estado, porque si dicha actuación tuvo lugar con aquiescencia del Estado entonces cabe hablar propiamente de «desaparición forzada» en los términos de la Convención, con lo que todas las obligaciones expuestas en los artículos 1 a 25 (excepto el artículo 3) son aplicables a este tipo de actuaciones. Parece, pues, necesario contar con criterios claros para la aplicación del concepto de aquiescencia.

La responsabilidad de un Estado por la conducta de actores no estatales a causa de su aquiescencia a ella: el precedente del Comité contra la Tortura (CCT) de la ONU

Significado de «aquiescencia» según la Observación General número 2 del CCT

Según establece el artículo 1 de la Convención contra la Tortura, «se entenderá por “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia». El artículo 2 de esta Convención obliga a todo Estado miembro a tomar medidas efectivas en todo territorio que esté bajo su jurisdicción «para impedir los actos de tortura». Con respecto a este deber de prevención, la Observación General número 2 del Comité contra la Tortura aporta las siguientes aclaraciones:

El comité ha dejado claro que, cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que *sujetos privados o agentes no estatales* perpetran actos de tortura o malos tratos y *no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o agentes no estatales* de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios *deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención por consentir o tolerar esos actos inaceptables*. La negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los agentes no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que *la indiferencia o*

inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho. El comité ha aplicado este principio a los casos en que los Estados miembros no han impedido actos de violencia de género, como la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina o la trata, o no han protegido a las víctimas.⁵⁰

En primer lugar, el CCT admite la responsabilidad de un Estado miembro por los actos de tortura cometidos por actores no estatales sobre la base de su inobservancia de la obligación positiva de prevenir este tipo de actuaciones si se dan las dos condiciones siguientes: *a)* las autoridades del Estado saben o tienen razones suficientes para suponer que hay sujetos privados que están cometiendo actos de tortura o malos tratos; y *b)* no ejercen la debida diligencia para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados.

En segundo lugar, el CCT parece interpretar el término «aquiescencia» utilizado en esta Convención en un sentido más amplio que las ya mencionadas sentencias del TEDH y de la CIADH, pues asimila la indiferencia o inacción del Estado con una forma de incitación o de autorización de hecho y considera que la negligencia de las autoridades del Estado en su deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar a estos actores no estatales equivale a ser autores, cómplices o responsables por haber dado su consentimiento y aquiescencia a este delito. Aunque esa presunción pueda desdibujar la distinción entre atribuir a un Estado la conducta de un actor no estatal y la transgresión por parte del Estado del deber de debida diligencia que está bien establecido en la Convención,⁵¹ lo que hace es ampliar el concepto de «consentimiento o aquiescencia» para incluir en él la negligencia del Estado en el ejercicio de la debida diligencia.

Jurisprudencia del CCT respecto de la aquiescencia

Existen varios acuerdos del CCT que se refieren a esta cuestión relacionándola con la obligación de *non-refoulement* (no devolución) establecida por el artículo 3. El CCT, como norma, ha adoptado el punto de vista de que la cuestión de si el Estado miembro debe impedir la expulsión de una persona que esté en peligro de sufrir daño o sufrimiento a manos de una entidad no gubernamental y sin el conocimiento o aquiescencia del Gobierno cae fuera del alcance del

⁵⁰ CCT, Observación General número 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados miembros. ONU, CAR/C/CG/2, 2008, párr. 18. La cursiva es nuestra.

⁵¹ Véase Informe CDI 2001, pág. 153, comentario introductorio al cap. IV, párr. 7.

artículo 3 de la Convención.⁵² Existen pocas excepciones a este principio. En el caso *Sadiq Shek Elmi vs. Australia*, el comité consideró que, puesto que entidades cuasi gubernamentales —como las creadas por algunas facciones que actuaban en Mogadiscio (Somalia) alrededor de 1998— eran comparables en sus funciones con las que normalmente son ejercidas por Gobiernos legítimos, los miembros de dichas facciones podían ser considerados «un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas» tal como precisa el artículo 1.⁵³ Pero, tres años después, el CCT sostuvo en un caso similar, *H. M. H. I. vs. Australia*, que, aunque Somalia dispone actualmente de una autoridad estatal denominada Gobierno de Transición Nacional y que existen fuertes dudas acerca del alcance territorial de su autoridad y de su extensión en el tiempo, actuaciones como las del clan Hawiye quedan habitualmente fuera del alcance del artículo 3.⁵⁴ Otra excepción la constituye el acuerdo adoptado por el CCT en el caso *Njamba y Balikosa vs. Suecia*, en el sentido de que, puesto que la violencia contra mujeres, especialmente violaciones y violaciones en grupo cometidas por hombres armados y por civiles, seguía siendo un problema extremadamente serio, incluso en zonas no afectadas por conflictos armados, existían razones fundadas para pensar que las demandantes corrían peligro de ser torturadas si eran devueltas a la República Democrática del Congo. Aunque este acuerdo no se refirió explícitamente al concepto de aquiescencia, es evidente que invocó y siguió lo establecido en su Observación General número 2.⁵⁵ De modo similar, en el caso *S. M. et al. vs. Suecia* el comité sostuvo que, habida cuenta de que existía una actitud hostil fuertemente extendida de parte de la población con respecto a grupos étnicos americanos que vivían en Azerbaiyán y que sus familiares habían sido víctimas de persecuciones y de palizas, el retorno a Azerbaiyán de los demandantes podría exponerlos a un evitable, real y personal riesgo de tortura.⁵⁶ Sobre la base de estos precedentes, la decisión del CCT en el caso *A. A. M. vs. Suecia* puso de relieve que «la cuestión de si un Estado miembro está obligado a no expulsar a una persona que corre el riesgo

⁵² Caso *G. R. B. vs. Suecia* (núm. 83/1997), CCT, resolución adoptada el 4 mayo de 1999, ONU, Documento A/53/44, 98, párr. 6.5; caso *Cüclü vs. Suecia* (núm. 349/2008), CCT, resolución adoptada el 11 de noviembre de 2010, ONU, Documento A/66/44, pág. 384, párr. 5.2.

⁵³ Caso *Sadiq Shek Elmi vs. Australia* (núm. 120/1998), CCT, resolución adoptada el 14 mayo de 1999, ONU, Documento A/54/44, pág. 119, párr. 6.5.

⁵⁴ Caso *H. M. H. I. vs. Australia* (núm. 177/2001), CCT, resolución adoptada el 1 de mayo de 2001, ONU, Documento A/57/44, pág. 171-172, párr. 6.5.

⁵⁵ Caso *Njamba y Balikosa vs. Suecia* (núm. 322/2007), CCT, ONU, Documento A/65/44, 2010, págs. 304-305, párrs. 9.5-9.6.

⁵⁶ Caso *S. M. et al. vs. Suecia* (núm. 374/2009), CCT, ONU, Documento A/67/44, 2012, pág. 405, párrs. 9.6-9.7.

de ser torturada o de recibir malos tratos por una entidad no gubernamental cae dentro del alcance del artículo 3 de la Convención en aquellos casos en que existe consentimiento o aquiescencia de las autoridades del Estado para con estas conductas en el país al que dicha persona sería devuelta», por lo que el comité acordó que, en este caso, la demandante no había probado de modo suficiente que correría peligro de ser agredida por las milicias Hutu si regresaba a su país.⁵⁷ El CCT tampoco aclaró en qué casos la negligencia de un Estado miembro en el cumplimiento de la debida diligencia alcanza niveles de «consentimiento o aquiescencia por parte de las autoridades del Estado». En esa misma línea, la decisión en el caso *Besim Osmani vs. Serbia* es esclarecedora: el demandante, un romaní, arguyó que el Estado había violado el artículo 16 de la Convención por su comportamiento ilícito en el procedimiento de desalojo del asentamiento «Antena». El comité mantuvo que «era irrelevante si las personas que habían ejercido malos tratos al demandante y lo habían insultado repetidamente eran o no funcionarios públicos, pues las autoridades del Estado miembro que fueron testigos de los hechos, pero que no intervinieron para evitarlos, habían «consentido o habían mostrado aquiescencia» en el sentido que da a estos conceptos el artículo 16 de la Convención.⁵⁸ Aunque el comité consideró que Serbia había transgredido el artículo 16, párrafo 1, de la Convención, el umbral adoptado en este caso es muy alto, pues el comité reconoció la existencia de «consentimiento o aquiescencia» por parte de las autoridades serbias basándose en que miembros de estas autoridades «fueron testigos de los hechos, pero no intervinieron para evitarlos». Parece evidente que el contenido y el nivel de debida diligencia que un Estado miembro debe ejercer para prevenir este tipo de conductas puede ser distinto según sean las circunstancias de cada caso.

La responsabilidad de un Estado por la conducta de actores no estatales en casos de desapariciones forzadas según la CIPPDF

El papel del concepto de «aquiescencia»

Un Estado miembro de la CIPPDF es responsable de las desapariciones forzadas realizadas por actores no estatales que han actuado con la autorización,

⁵⁷ Caso *A. A. M. vs. Suecia* (núm. 413/2010), CCT, resolución adoptada el 23 de mayo de 2012, ONU, Documento A/67/44, págs. 465-466, párr. 9.2.

⁵⁸ Caso *Besim Osmani vs. Serbia* (núm. 261/2005), CCT, ONU, Documento A/64/44, 2012, pág. 289, párr. 10.5.

ayuda o aquiescencia del Estado si este incumple alguna de las obligaciones contenidas en los artículos 1 a 25 (excepto el artículo 3) de la Convención en relación con este tipo de desapariciones forzadas. Por el contrario, un Estado miembro no sería juzgado responsable de las desapariciones forzadas causadas por actores no estatales que hubieran actuado sin la autorización, ayuda o aquiescencia del Estado salvo que este Estado hubiera incumplido el deber al que se refiere el artículo 3. Para determinar si un Estado es responsable de las actuaciones de actores no estatales en el caso de desapariciones forzadas resulta crucial el significado de las palabras «autorización, ayuda o aquiescencia del Estado», en especial del término «aquiescencia». Como se ha expuesto en anteriores secciones de este capítulo, existen distintas interpretaciones acerca del significado de «aquiescencia». En efecto, por un lado el TEDH y la CIADH sostienen que un Estado es responsable de las actuaciones de actores no estatales en el caso de desapariciones forzadas siempre que este Estado haya incumplido su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir dichas actuaciones, aunque los actores no estatales implicados no hubieran contado con la aquiescencia del Estado. Pero, por otro, el CCT ha adoptado el punto de vista según el cual la indiferencia o la inacción del Estado ante las conductas ilícitas de actores no estatales entrarían dentro del concepto de aquiescencia. De acuerdo con este segundo punto de vista, si las autoridades del Estado saben o pueden haber sabido que actores no estatales han llevado a cabo actuaciones de desapariciones forzadas, y no han ejercido la debida diligencia para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar a estos actores no estatales, entonces puede hablarse de que este Estado ha actuado con aquiescencia en los términos establecidos por el artículo 2 de la Convención. Si esta interpretación se generaliza, un buen número de «desapariciones» cometidas por actores no estatales se incluirían en la categoría de «desapariciones forzadas» tal como las define el artículo 2 de la Convención. En tales casos, los artículos 1 a 25 (excepto el artículo 3) de la Convención serían de aplicación y un Estado sería responsable del incumplimiento de sus deberes como establece la propia Convención. Sería importante, además, que el Comité contra la Desaparición Forzada (CDF) sentara jurisprudencia acerca del concepto de «aquiescencia» mediante su propia labor. En este contexto, cobra especial relevancia el artículo 31.3 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que exige que se tengan en cuenta las normas relevantes del derecho internacional a fin de precisar de modo consistente el significado de este tipo de conceptos.⁹⁹ Eso ya ocurre regularmente con las expresio-

⁹⁹ Véanse las conclusiones del grupo de estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, Informe CDI 2006, pág. 214, párr. 21.

nes utilizadas por las convenciones sobre derechos humanos de las Naciones Unidas; pero, en cambio, si el significado de «aquiescencia» no se hace extensivo a los casos de falta de la debida diligencia por parte de las autoridades de un Estado, en este caso las actuaciones de desapariciones forzadas efectuadas por actores no estatales no serían consideradas propiamente tales en el sentido del artículo 2 de la Convención y, en consecuencia, se aplicaría el artículo 3 de esta.

La responsabilidad de un Estado por la conducta de actores no estatales en casos de cuasi desapariciones forzadas según la CIPPDF

A tenor de lo que establece el artículo 3 de la CIPPDF, cada Estado miembro debe tomar las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables. El citado artículo 3 plantea, en primer lugar, la cuestión de qué son medidas apropiadas para investigar actuaciones de cuasi desapariciones forzadas y procesar a sus responsables; y, en segundo lugar, si otras obligaciones de la Convención resultan totalmente inaplicables a actos de cuasi desapariciones forzadas en virtud de este mismo artículo.

Borrador del artículo 3 de la CIPPDF

El artículo 3 fue adoptado tras un largo debate acerca de las obligaciones del Estado en lo que se refiere a las desapariciones forzadas cometidas por actores no estatales. La mayor parte de las delegaciones participantes en el Intersessional Open-ended Working Group reconocieron que no era una opción válida en la futura Convención atribuir únicamente a los Estados la responsabilidad principal de prevenir y castigar las desapariciones forzadas estableciendo su responsabilidad directa por las actuaciones de actores no estatales.⁶⁰ Les preocupaba especialmente que extender la definición de desaparición forzada para incluir en ella a los actores no estatales despojara al futuro instrumento de su fuerza y desnaturalizara su finalidad.⁶¹ Por esta razón, el presidente propuso que se excluyese de la definición toda referencia a organizaciones políticas, y solici-

⁶⁰ ONU, Documento E/CN.4/2003/71, pág. 8, párr. 35; E/CN.4/2004/59, pág. 7, párr. 32; E/CN.4/2005/66, pág. 9, párr. 31.

⁶¹ E/CN.4/2005/66, pág. 9, párr. 31.

tó en cambio que se insertara un nuevo párrafo en el borrador del artículo 2 (el actual artículo 4) que hiciera referencia al deber de calificar las desapariciones forzadas como delito, estableciendo que «cada Estado miembro debe tomar análogas medidas si las actuaciones definidas en el artículo 1 [el actual artículo 2] son llevadas a cabo por personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado».⁶² Esta propuesta solo imponía a un Estado miembro la obligación de tipificar como delito los actos de cuasi desapariciones forzadas cometidos por actores no estatales de acuerdo con su legislación penal. En contra de esta propuesta, se apuntó complementar este nuevo párrafo con una lista exhaustiva de las obligaciones del Estado que seguirían estando vigentes en los casos de desapariciones forzadas cometidas por actores no estatales. Esta lista debería incluir las obligaciones descritas en los artículos 1 a 15 bis y 23 a 25.⁶³ De modo parecido, otro participante propuso que se introdujera la obligación de prevenir las cuasi desapariciones forzadas sobre la base del concepto de debida diligencia,⁶⁴ pero estas propuestas no obtuvieron el respaldo de la mayoría de los participantes. Por último, en la quinta sesión del Working Group se adoptó el texto con la enmienda propuesta por el presidente (el actual artículo 3), si bien algunas delegaciones lamentaron que las obligaciones del Estado se limitaran a investigar los hechos y a llevar a sus responsables ante la justicia, y propusieron, sin ningún resultado, que se añadiera la obligación de proceder a la extradición de los supuestos perpetradores o de proteger a las víctimas.⁶⁵ Del mencionado borrador parece deducirse que el artículo 3 excluye la aplicación de otros artículos de la Convención a actuaciones de cuasi desapariciones forzadas. Pero, con todo, a pesar de que este artículo 3 fue adoptado, hubo propuestas para, por ejemplo, incluir la expresión «si ello es posible» en lo previsto por el artículo 24, párrafo 3, y sustituir la frase «su sistema legal» (artículo 24, párrafo 4) por la expresión «en conformidad con» a fin de garantizar que esos párrafos podrían no aplicarse en casos de cuasi desapariciones forzadas, aunque finalmente estas propuestas no se adoptaron.⁶⁶ Además, el artículo 28, párrafo 2, exige que el CDF consulte con otros comités convencionales creados por los instrumentos de derechos humanos pertinen-

⁶² E/CN.4/2004/59, pág. 5, nota 1, y págs. 7-8, párr. 35; E/CN.4/2005/66, pág. 8, artículo 2, párr. 2. Este artículo 1 deja claro que «la desaparición forzada es la privación de libertad de una persona [...] cometida por agentes del Estado o por una organización política, o personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de la organización política».

⁶³ E/CN.4/2005/66, pág. 9, párr. 33.

⁶⁴ *Ibidem*, párrs. 29 y 34.

⁶⁵ ONU, Documento E/CN.4/2006/57, págs. 5-6, párrs. 12-15.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 25, párrs. 141-142.

tes, en particular con el Comité de Derechos Humanos, con miras a asegurar la coherencia de sus observaciones y recomendaciones respectivas. Tampoco deberían ignorarse los precedentes y la jurisprudencia de otros instrumentos tales como el Comité de Derechos Humanos y el CCT en relación con la debida diligencia, el no retorno y la responsabilidad de un Estado por actos de cuasi desapariciones forzadas cometidos por actores no estatales.

Obligaciones derivadas del artículo 3 de la CIPPDF

Un Estado miembro de la CIPPDF incurre en responsabilidad si no toma las medidas apropiadas para investigar las actuaciones de desapariciones forzadas realizadas por actores no estatales que actúan sin la implicación del Estado y para procesar a sus responsables. Con respecto a la expresión «medidas apropiadas», cabe recordar que la de «medidas necesarias» fue sustituida por la primera a consecuencia de que, según algunas delegaciones, antes se había concedido excesivo peso a las obligaciones de los Estados; además, la propuesta de añadir la frase «las medidas deberán tomarse de acuerdo con la legislación interna» no fue aprobada.⁶⁷ Ello significa que corresponde a los Estados miembros decidir qué son medidas apropiadas para investigar y enjuiciar; en todo caso, la pertinencia de dichas medidas deberá ser valorada por el CDF caso por caso tomando como referencia la legislación nacional de cada Estado y la Convención.

Merecen también tomarse en consideración las observaciones y las apreciaciones de otras instituciones, como la casuística de los tribunales regionales de derechos humanos, en lo que respecta a las obligaciones de un Estado de investigar actos de cuasi desapariciones forzadas y de procesar a las personas responsables de ellos. Dichas obligaciones han sido confirmadas como corolario a la obligación de garantizar los derechos humanos o de reparar adecuadamente a las víctimas de violaciones de derechos humanos con independencia de si los causantes fueron agentes estatales o actores no estatales. Por ejemplo, la Observación General 31 del CDH precisa que, si un Estado miembro no toma medidas apropiadas o no ejerce la debida diligencia no solo para prevenir sino también para investigar, castigar o reparar la violación de derechos humanos por actores no estatales, este Estado incurre en responsabilidad por su incumplimiento de la obligación de garantizar el efectivo respeto a los derechos establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que debe

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 6, párrs. 14.

proporcionar una reparación efectiva a las víctimas.⁶⁸ En el caso *Fatima Prutina et al. vs. Bosnia-Herzegovina* (BH), los demandantes adujeron que no se había llevado a cabo ninguna investigación imparcial con el fin de averiguar la suerte de las víctimas y de llevar a los culpables ante la justicia en relación con las desapariciones forzadas perpetradas por el ERS.⁶⁹ Basándose en su Observación General 31, el comité tomó la decisión de que, aunque dicha obligación no imponía a las autoridades una carga imposible o desproporcionada, el hecho de que la suerte de los desaparecidos no hubiese sido dilucidada ni los culpables llevados ante la justicia no era motivo suficiente para hablar de infracción del artículo 2. Pero teniendo en cuenta cuestiones importantes, como que el proceso de identificación de restos mortales no se iniciara hasta el inicio de la vista sin informar de ello a las familias ni proporcionarles de este modo compensación alguna por la muerte de sus allegados desaparecidos, el comité sí vio en ello incumplimiento del artículo 2, párrafo 3, del citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, leído conjuntamente a la luz de los artículos 6, 7 y 9 en relación con los demandantes y sus allegados desaparecidos.⁷⁰ Esta decisión significa que un Estado miembro debe asumir la obligación de iniciar la pertinente investigación sin demora y de informar a los familiares de sus progresos y resultados, así como tomar las medidas apropiadas en relación con la protección social de los allegados de las personas desaparecidas y el destino de estas, incluso en el caso de que las desapariciones forzadas en cuestión hubiesen sido causadas por actores no estatales al margen de la autoridad del Estado.

Este deber procedimental del Estado de actuar diligentemente una vez que se han producido desapariciones también se ha reconocido en diversas sentencias del TEDH y de la CIADH. En la sentencia del caso *Pueblo Bello Massacre*, la CIADH dejó claro que, en casos de desapariciones forzadas, «el Estado tiene la obligación de iniciar, de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación se debe llevar a cabo por todos los medios legales disponibles con el fin de determinar la verdad y proceder a la persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o

⁶⁸ CDH, Observación General núm. 31 [80], ONU, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 8. Véase también Robert McCORQUODALE, «Non-State actors and international human rights law», en Andrea BIANCHI (ed.), *Non-State actors and international law*, Farnham, Ashgate, 2009, pág. 107.

⁶⁹ Caso *Fatima Prutina et al. vs. Bosnia-Herzegovina* (comunicación núm. 1917/2009, 1918/2009, 1925/2009 y 1953/2010), CDH, resolución adoptada el 28 de marzo de 2013.

⁷⁰ *Ibidem*, párrs. 9.5-9.7.

puedan estar involucrados agentes estatales». ⁷¹ La corte llega incluso a afirmar que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación. ⁷² En el mismo sentido, en la sentencia *Tsechoyev*, el TEDH explica que ha desarrollado protocolos de investigación que se deben seguir a fin de cumplir con las exigencias de este tribunal, en especial por lo que se refiere a la efectividad, independencia, rapidez y diligencia, acceso de los familiares y transparencia. ⁷³ Este tribunal admitió además que «esas investigaciones deben llevarse a cabo siempre que un asesinato tenga lugar a consecuencia del uso de la fuerza, sean o no sus perpetradores agentes estatales o terceras personas. Sin embargo, cuando se alega que agentes o cuerpos estatales están involucrados, deben tenerse en cuenta requisitos más específicos para asegurar la efectividad de la investigación». ⁷⁴

Huhle sostiene que los deberes específicos que enuncia la Convención con respecto a la investigación y procesamiento, como la celeridad y la imparcialidad de la investigación o la obligación de actuar *motu proprio*, incluidos en la expresión «medidas apropiadas», no son fáciles de discernir. ⁷⁵ También Vermeulen precisa que, aunque esas mismas exigencias de efectividad, independencia, celeridad y diligencia, y de participación de los familiares y de las fuerzas de seguridad ciudadana, parecen cumplirse en las investigaciones de las cuasi desapariciones forzadas, el contenido material del deber de investigar y de conducir a los culpables ante la justicia en los casos de desapariciones causadas por actores no estatales difiere de los casos de desapariciones forzadas, por lo que las razones para que exista en estos casos obligación de proporcionar compensaciones por crímenes de cuasi desapariciones forzadas es algo por lo general menos aceptado. ⁷⁶ Como ya se ha dicho antes, el artículo 3 del CIPPDF parece ir en la línea de admitir el deber de un Estado de llevar a cabo una investigación rápida, imparcial, efectiva y sin dilación, con la participación de los familiares afectados, en actos de desapariciones forzadas, así como de procesar a los actores no estatales responsables de estos actos incluso cuando dichos ac-

⁷¹ Caso *Puerto Bello Masacre vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 143. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf.

⁷² *Ibidem*, párr. 144.

⁷³ Caso *Tsechoyev*, sentencia, párr. 145.

⁷⁴ Caso *Tahsin Acar vs. Turquía* (aplicación núm. 26307/95), TEDH, sentencia del 8 de abril de 2004, párr. 220. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61698>.

⁷⁵ Rainer HUHLE, *op. cit.*, pág. 25.

⁷⁶ Marthe Lot VERMEULEN, *op. cit.*, págs. 401-402.

tos hubieran sido cometidos por actores no estatales sin autorización, ayuda o aquiescencia del Estado. No obstante, el Comité contra la Desaparición Forzada (CDF) debería aclarar el contenido de este deber desarrollando jurisprudencia acerca de qué son «medidas apropiadas», a fin de que se tenga en cuenta en los casos de cuasi desapariciones forzadas.

Las cuasi desapariciones forzadas y otras obligaciones según la CIPPDF

Con respecto a la aplicabilidad a los actos de cuasi desapariciones forzadas de otras obligaciones contenidas en la CIPPDF, tanto la interpretación literal del artículo 3 y otros artículos sustantivos, como los diversos borradores de la Convención, parecen abonar la idea de que solamente la obligación de investigar y procesar establecida por el artículo 3 sería de aplicación a los supuestos de cuasi desapariciones forzadas. Algunas propuestas de referirse explícitamente a otros artículos de la Convención para que también fueran de aplicación a los casos de cuasi desapariciones forzadas, o de incluir el deber del Estado de prevenir con la debida diligencia las cuasi desapariciones forzadas, no fueron finalmente aceptadas por el Working Group.

Como se ha expuesto antes, es ya un lugar común en los tratados de la ONU y en las convenciones regionales sobre derechos humanos que, si las autoridades de un Estado miembro conocen o podrían haber conocido la existencia de un riesgo real e inmediato de que personas concretas puedan ser víctimas de desapariciones forzadas y de las consiguientes torturas o asesinatos por parte de actores no estatales, contraen la obligación de evitar que estos actores no estatales puedan perpetrar dichos delitos, tomando todas las medidas posibles sin distinguir si los actores estatales han actuado con autorización, ayuda o aquiescencia de algún organismo del Estado o no. Además, tras la adopción de la CIPPDF, el CCT, en su Observación General número 2, de 2008, adoptó la decisión de considerar causantes, cómplices o responsables en algún modo a las autoridades del Estado que no hubieran ejercido su obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir las actuaciones de actores no estatales en casos de torturas o malos tratos, por haber consentido o haber mostrado aquiescencia con dichos actos. El CCT aplicó esta interpretación al concepto de «no devolución» contenido en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y adoptó el criterio según el cual un Estado miembro tiene el deber de no devolver a una persona que pueda correr el riesgo de tortura o malos tratos por entidades no gubernamentales en casos en que

existe consentimiento o aquiescencia por parte de las autoridades del Estado al que la persona sería devuelta. En tales circunstancias, sería ilógico decir que la obligación de «no devolución», establecida por el artículo 16 de la CIPPDF, no se aplicaría a aquellos casos en los que existe aquiescencia por parte de las autoridades del Estado del país de retorno con las actuaciones de cuasi desapariciones forzadas efectuadas por actores no estatales.

Aunque sin duda otros artículos de la CIPPDF son también relevantes en casos de cuasi desapariciones forzadas, sería especialmente importante que el Comité contra la Desaparición Forzada desarrolle jurisprudencia en esta materia.

Observaciones finales

Con respecto a los delitos de desapariciones forzadas cometidos por actores no estatales previstos en los artículos 2 y 3 de la Convención, como mínimo se deben resolver dos cuestiones legales de gran importancia por medio de las actividades del Comité contra la Desaparición Forzada. La primera hace referencia a cómo interpretar la expresión «aquiescencia de un Estado»: si las autoridades de un Estado saben o tienen motivos razonables para creer que acciones de desapariciones forzadas son cometidas por actores no estatales, y no cumplen con la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, procesar y castigar a los perpetradores de estas acciones, debería considerarse que el Estado ha actuado con aquiescencia con los delitos cometidos por los actores no estatales, tal como da a entender la Observación General número 2 del CCT; en este caso, un buen número de actos de desapariciones forzadas cometidos por actores no estatales caerían dentro de la definición de «desaparición forzada» del artículo 2 de la Convención. La segunda cuestión es qué tipo de obligación contrae un Estado miembro, según el artículo 3 de la CIPPDF, con respecto a actuaciones de desapariciones forzadas cometidas por actores no estatales pero sin la autorización, ayuda o aquiescencia del Estado. Debe estar bien establecido el contenido de las «medidas apropiadas» que deberán tomarse para investigar este tipo de actuaciones y para llevar a los responsables ante la justicia, así como la posible relevancia de otros artículos de la Convención que también se refieren a esos supuestos. La interpretación de «aquiescencia» y, en especial, la relación de este término con el incumplimiento de la obligación de ejercer la debida diligencia tendrán inevitablemente gran influencia sobre el alcance y contenido de las obligaciones de un Estado miembro de la Convención en lo que respecta a las acciones realizadas por actores no estatales. Ambas cuestiones deberán ser dilucidadas en el futuro por el Comité contra la Desaparición Forzada.

La especial protección de la infancia bajo la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*

Janina Suela

Introducción

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF) es el primer instrumento universal en materia de derechos humanos que afirma el derecho inderogable a no ser sometido a desaparición forzada. El artículo 1 de la Convención proclama que «nadie será sometido a una desaparición forzada». Esta definición expresa el ánimo de la Convención de proteger a todas las personas contra la desaparición forzada, sin ninguna referencia específica o distinción entre hombres y mujeres.

Es bien sabido que los hombres están mucho más expuestos a las desapariciones forzadas, pero ni las mujeres ni los niños resultan inmunes frente a tan odioso crimen. Este fenómeno, que constituye una de las más serias violaciones de los derechos humanos, tiene un particular impacto sobre las mujeres y la infancia. Ambos grupos pueden ser objeto directamente de desaparición forzada, o pueden ser familiares de una persona desaparecida.

La Convención sigue la línea general de los tratados en materia de derechos humanos con el fin de proporcionar el máximo nivel de protección requerido por la especial condición del niño como menor. Los instrumentos internacionales reconocen que la infancia es vulnerable y que requiere especial protección por razón de edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales. En un sentido más amplio, la protección de la infancia es un valor esencial en la protección de la familia y una parte integrante de los derechos humanos.

La supervivencia de los menores y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social resultan gravemente afectados por la desaparición forzada. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de derechos humanos que debe ser englobada y enfrentada de una manera inte-

* Traducción del inglés de Jordi Plana.

gral. Este capítulo trata sobre la particular situación de los menores que son víctimas de desapariciones forzadas y analiza el marco legal para su especial protección bajo la CIPPDF.

El impacto de la desaparición forzada en la infancia

Ninguna violencia contra la infancia es justificable; toda violencia contra la infancia es evitable.¹ La infancia debe ser protegida de cualquier forma de violencia o abuso. La desaparición forzada constituye una forma extrema de violencia contra la infancia.

Cuando los menores son sometidos a desapariciones forzadas en las mismas condiciones que los adultos, tienden a sufrir más que estos debido a que no resisten en la misma medida la violencia física o emocional, ni tampoco la frecuente violencia sexual. Pueden estar sujetos a tortura, agresión sexual y tratos crueles, inhumanos y degradantes que causan daños irreparables a su integridad física y psicológica. Los chicos de la calle, los menores colocados al cuidado de instituciones públicas, los niños soldados se hallan en una situación especialmente vulnerable que los hace susceptibles de padecer desapariciones forzadas.

La desaparición forzada de menores es una práctica especialmente perturbadora, ya sea en los aspectos legales o en los morales o sociales.² La desaparición de un menor es una clara contravención de diversas disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, incluyendo el derecho a la identidad individual.

Los niños que han sido sometidos a desaparición forzada pueden, como consecuencia, ser sujetos de adopción nacional o internacional. Frecuentemente se ha falsificado, ocultado o destruido su documentación original, de donde puede resultar la pérdida de la identidad, incluyendo la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. En ocasiones una mujer puede dar a luz a un niño durante su desaparición; el niño le es retirado y es dado en adopción por las mismas autoridades que son responsables de la desaparición de la madre. En Argentina y otros países sudamericanos, este tipo de separaciones forzadas y adopciones de niños se practicaron sistemáticamente. Esas prácticas criminales no solo causan un inmenso sufrimiento a los niños y a sus pa-

¹ ONU (2006). «Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños», A/61/299, párr. 1.

² Susan McCrory (2007). «The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance», *Human Rights Law Review*, núm. 7, pág. 559.

dres, sino que conducen a importantes conflictos de intereses entre las personas que adoptan a esos niños de buena fe y los miembros de las familias de los padres desaparecidos. La prolongación de la situación se traduce en una mayor dificultad para conseguir una solución satisfactoria, en especial en aquellos casos en que el menor no conoce desde su nacimiento a otra familia más que la adoptante. Las dificultades surgidas cuando un menor adoptado conoce la identidad de sus verdaderos padres pueden verse significativamente incrementadas si esa situación es consecuencia de una desaparición forzada. Además de un trauma personal, se suscitan a menudo cuestiones legales extremadamente complejas, y más aún si el menor fue trasladado a un país distinto de aquel en que nació.

Un niño también es víctima de una desaparición forzada cuando uno de sus progenitores o ambos han sido sometidos a desaparición forzada. La experiencia demuestra que esos niños quedan a menudo profundamente afectados por este crimen y pueden vivir toda su infancia en una situación de constante incertidumbre, entre la esperanza y la desesperación.³ La pérdida de su padre o de su madre es una grave violación de los derechos del niño.⁴ Los niños quedan privados del ejercicio de sus derechos debido a la incertidumbre legal creada por la ausencia de sus padres desaparecidos, por lo que pueden ser víctimas de represalias y estigmatización social que impidan su integración social.

Tras la desaparición de sus familiares, las mujeres y los niños suelen padecer dificultades económicas, sociales y legales. En tales casos, los menores quedan afectados negativamente en relación con el disfrute de diversos derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a un adecuado nivel de vida, a la salud y a la educación. Las mujeres y los niños —como integrantes de la familia de la persona desaparecida— experimentan una progresiva angustia mental al no saber si la víctima todavía vive, ni dónde se halla retenida, en qué condiciones y en qué estado de salud. La inmadurez mental y psíquica de los menores, así como su dependencia de los adultos, los hace más proclives a sufrir problemas psicológicos y de salud que pueden afectar a todo el ámbito familiar. Además, en muchos casos a la angustia de los allegados se suman las consecuencias materiales de la desaparición, ya que la persona desaparecida es frecuentemente la que mantenía a la familia y la pérdida de sus ingresos suele tener un impacto profundo e inmediato en ella y especialmente en las mujeres, que tienen la carga de criar a los hijos solas y continuar cuidando la casa. En tales

³ ONU (2002). «Informe de Manfred Nowak», E/CN. 4/2002/71, pág. 38.

⁴ ONU (2011). «Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias», A/HRC/19/58, párr. 710.

situaciones, las mujeres y los niños tienen un mínimo acceso a la alimentación, la salud y la satisfacción de otras necesidades. La incertidumbre legal creada por la ausencia de un padre desaparecido o de un cuidador legal puede tener diversas consecuencias en relación con la custodia, el derecho a ventajas sociales y la administración de los bienes de los padres desaparecidos.

Las desapariciones forzadas suelen conducir a la deterioración de las condiciones de vida de los niños, a la pobreza, la violencia, las múltiples formas de discriminación y la limitación o denegación de sus derechos humanos. Cuando un menor es retirado ilegalmente de su familia, o sus padres son víctimas de desaparición forzada, o ha nacido durante la cautividad de una madre sujeta a desaparición forzada, el menor es una víctima particularmente vulnerable de la desaparición forzada, y el impacto de esa experiencia traumática afectará negativamente su desarrollo y crecimiento. El daño psicológico y el sufrimiento causado al menor pueden ser tan devastadores que lleguen a comprometer su desarrollo.

El marco legal para la protección de los menores frente a la desaparición forzada

Cuando un menor es objeto de desaparición forzada se transgreden los mismos derechos que en el caso de un adulto, pero la transgresión puede ser aún mayor por su condición de menor. La protección de los menores frente a la desaparición forzada está incluida en distintos instrumentos legales internacionales. Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) —el conjunto de normas específicas para proteger los derechos de los niños— no menciona la desaparición forzada como forma de violación de los derechos del menor. La Convención se refiere explícitamente a la tortura cuando establece que «ningún niño puede ser sujeto a tortura u otro tratamiento o castigo cruel, inhumano o degradante» (art. 37a). La ausencia de referencia a la desaparición forzada se explica frecuentemente por el hecho de que esta no estaba definida como crimen internacional en la época de la aprobación de la CDN.

Aun cuando no se halle tratada de forma explícita en la CDN, la desaparición forzada viola igualmente diversos derechos infantiles. La CDN pone de relieve principios y derechos que se deben tener en cuenta frente al problema de la desaparición forzada. El artículo 19.1 obliga a los Estados miembros a «adoptar todas las medidas legales, administrativas, sociales y educativas apropiadas a fin de proteger al niño de cualquier forma de violencia física o mental, lesión o abuso, tratamiento descuidado o negligente, maltrato o explotación,

incluyendo abuso sexual». Al amparo del artículo 39, los Estados miembros deben adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica de la víctima infantil y su integración social. Tanto el rescate como la integración deben tener lugar en un ambiente que promueva la salud, la autoestima y la dignidad del niño.

La desaparición forzada puede violar un sinnúmero de derechos del menor protegidos por la CDN: el derecho a la vida (art. 6), el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7), el derecho a conservar su identidad (art. 8), el derecho a vivir con sus padres (art. 9), el derecho a no ser objeto de interferencias arbitrarias o ilegales en relación con su privacidad, familia u hogar (art. 16), el derecho a la protección frente a cualquier forma de violencia (art. 19), el derecho al disfrute del más alto nivel de salud alcanzable (art. 24), el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27), el derecho a la educación (art. 28), el derecho al descanso y al ocio (art. 31), el derecho a no ser sustraído ni vendido y a que no se trafique con él (art. 35), el derecho a no ser sujeto a tortura u otro tratamiento o castigo cruel, inhumano y degradante (art. 37a), y el derecho a no ser privado de libertad ilegal o arbitrariamente (art. 37b).

La Convención Interamericana de 1994 trata esta cuestión de manera limitada, estipulando que los Estados miembros deben prestarse mutua asistencia en la búsqueda, identificación, localización y devolución de los menores que hayan sido llevados a otro Estado o detenidos como consecuencia de la desaparición de sus padres o tutores.

El artículo 20.3 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas estipula que el secuestro de niños de padres sujetos a desaparición forzada o de niños nacidos durante la desaparición forzada de su madre, así como el acto de alterar o suprimir documentación que acredite su verdadera identidad, constituyen una infracción extremadamente grave que debe ser castigada como tal. Los Estados deben dedicar especiales esfuerzos a la búsqueda y restitución de esos niños a sus familias de origen y deben favorecer la anulación de cualquier adopción que tenga como origen las desapariciones forzadas.

La CIPPDF, como Convención que apunta específicamente a prevenir las desapariciones forzadas y a combatir la impunidad en relación con dicho crimen, dedica especial protección a los menores víctimas de este. La CIPPDF contiene dos artículos (art. 72 y art. 73) con esta finalidad.

Cuando los Estados miembros establezcan las penas por el crimen de desaparición forzada, deben tomar en consideración como circunstancia agravante la comisión de una desaparición forzada respecto a menores, en línea con el

artículo 7.2., que prevé una especial protección a la infancia. De acuerdo con este artículo, cada Estado firmante debe establecer:

- a) Circunstancias atenuantes, en particular para quienes, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido de manera efectiva a la reaparición con vida de la persona desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada.
- b) Circunstancias agravantes, especialmente en caso de muerte de la persona desaparecida, o para quienes sean culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidades u otras personas particularmente vulnerables.

Desde un punto de vista estrictamente legal, esta disposición no es obligatoria.⁵ Corresponde a la discrecionalidad de cada Estado miembro decidir la inclusión de las circunstancias atenuantes y agravantes en su legislación penal.

Sin embargo, en los casos de desapariciones forzadas que involucren a menores, en tanto constituyen una de las categorías de grupos vulnerables a que hace explícita mención el artículo 7.2, la inclusión de circunstancias atenuantes reviste particular importancia, pues en algunos casos estas pueden facilitar la resolución de casos de desapariciones forzadas que conciernan a niños. Los Estados miembros deben tomar en consideración las circunstancias atenuantes en su ley penal como una medida que puede contribuir a la recuperación de niños desaparecidos, dilucidar los casos de desaparición forzada de niños e identificar a los autores de dicha acción.

Por lo que se refiere a las circunstancias agravantes, teniendo en cuenta que la desaparición forzada de niños es una forma extrema de violación de derechos, los Estados miembros deben establecer sanciones específicas más severas para los autores de una desaparición forzada con respecto a menores y otras personas vulnerables mencionadas en el artículo 7.2c.

Dado que la CIPPDF establece un nivel mínimo de protección, nada impide a un Estado miembro otorgar mayor protección. El artículo 37 de la Convención insta a los Estados a incorporar en su ley interna disposiciones que sean más eficaces para la protección de todas las personas frente a la desaparición forzada. De acuerdo con ello, la aplicación del artículo 7.2 en la legisla-

⁵ El carácter no preceptivo del artículo 7.2 es reconocido por el Comité contra la Desaparición Forzada en: ONU (2013b). «Observaciones finales del informe presentado por Francia», CED/C/FRA/CO/1, párrs. 18 y 19.

ción nacional de un Estado miembro constituye el marco necesario para proporcionar mayor protección a los niños.

El artículo 25 incluye una de las previsiones más importantes de la CIPPDF y va más allá de disposiciones similares de otros instrumentos internacionales. Establece de ahora en más una regulación razonable en relación con la sustracción ilegal de niños y constituye un importante elemento nuevo en la Convención,⁶ en la línea de su enfoque protector de la definición de víctima de desaparición forzada. Este artículo trata de los casos en que los autores de las desapariciones forzadas se han apropiado de los niños de las personas desaparecidas o de los niños nacidos durante la cautividad de su madre, y los han dado posteriormente en adopción, con lo que pierden su identidad. La apropiación de niños se considera un crimen en sí mismo, por lo que la práctica de sustraer los niños de las personas desaparecidas constituye una violación de las normas fundamentales del derecho internacional.

A fin de proteger a los niños frente a las desapariciones forzadas, los Estados miembros están obligados a adoptar todas las medidas necesarias en su legislación penal para prevenir y castigar la sustracción ilegal de niños víctimas de desaparición y de falsificación, ocultación o destrucción de los documentos relativos a su verdadera identidad.

El artículo 25 de la CIPPDF concede especial protección a tres categorías de menores:

1. Los que se hallan sometidos a desaparición forzada.
2. Aquellos cuyo padre, madre o tutor legal es víctima de desaparición forzada.
3. Aquellos nacidos durante la cautividad de una madre sujeta a desaparición forzada.

Se trata, por consiguiente, de un artículo complejo que somete a diferentes obligaciones a los Estados miembros. La primera obligación tiene carácter legal: el Estado miembro está obligado a promulgar en su legislación interna la criminalización de dos aspectos de la sustracción ilegal de niños víctimas de desaparición forzada. De acuerdo con el artículo 25.1, el Estado miembro debe adoptar medidas para prevenir y castigar bajo su legislación penal:

⁶ Manfred NOWAK (2009). «Torture and enforced disappearance». En C. Krause y M. Schainin (eds.). *International protection of human rights: A textbook*. Turku: Universidad Abo Akademi, pág. 182.

1. La sustracción ilegal de las tres categorías de niños antes citadas.
2. La falsificación, ocultación o destrucción de documentos que acrediten la verdadera identidad de dichos menores.

En virtud de dicho artículo, los Estados miembros están obligados no solo a tipificar en su legislación criminal un delito de desaparición forzada, sino a introducir un castigo separado para la sustracción ilegal de los niños y la falsificación o destrucción de sus documentos acreditativos.

Durante su cuarta sesión, en abril de este año, el comité examinó los informes de dos Estados miembros y tomó nota de la vigencia de disposiciones penales que concernían a la privación de libertad y al cambio y adquisición de estado civil en la legislación de un Estado miembro, tras lo cual expresó su inquietud por el hecho de que no existieran disposiciones que reflejasen específicamente los casos relacionados en el artículo 25 de la Convención en cuanto a la sustracción de menores.⁷

El comité expuso, además, su inquietud en relación con el criterio de uno de los Estados miembros acerca de que la implementación del artículo 25.1 de la Convención no requiere disposiciones específicas aplicables a la situación resultante de la perpetración de las desapariciones forzadas.⁸ El comité recomendó al Estado miembro que incorporara en su proyecto de ley los actos descritos en el artículo 25.1 como infracciones especialmente relacionadas con la desaparición forzada, y que las castigara con penas apropiadas que tengan en cuenta la extrema gravedad de tales infracciones.⁹

Además de las medidas legislativas, el artículo 25.2 impone las obligaciones suplementarias de investigar las desapariciones forzadas de niños, identificar a los niños de padres desaparecidos y devolverlos a sus familias de origen de acuerdo con los procedimientos legales y los pactos internacionales aplicables. Las medidas necesarias pueden incluir acciones administrativas, judiciales u otras que finalmente sean efectivas para devolver a los niños a sus familias de origen.

El artículo 25.3 exige a los Estados miembros prestar auxilio a cualquier otro Estado para la búsqueda, identificación y localización de los niños de padres desaparecidos. Al amparo de lo establecido en el artículo 15 de la Convención, los Estados miembros también están obligados a asistir a cualquier otro

⁷ ONU (2013c). «Observaciones finales del informe presentado por Uruguay», Comité contra la Desaparición Forzada, CED/C/URY/CO/1, párr. 33.

⁸ ONU (2013b), *op. cit.*, párr. 36.

⁹ *Ibidem*, párr. 37.

Estado con el fin de resolver casos de desaparición forzada, y ambos artículos los someten igualmente a la obligación de cooperar plenamente en la búsqueda de los niños desaparecidos y su retorno a las familias de origen. Hay una corriente de opinión según la cual los Estados miembros también deben asistir a los Estados que estén dando los mismos pasos aunque no hayan ratificado todavía la Convención.¹⁰ Aunque dicha opinión va más allá de las obligaciones legales impuestas por la CIPPDF, los Estados deberían considerarla seriamente uno de los medios para identificar y localizar a niños víctimas de desapariciones forzadas.

Por su parte, el artículo 25.4 reconoce el derecho de los menores de padres desaparecidos a mantener su identidad e incluso a que le sea restablecida, incluyendo su nacionalidad, nombre y relaciones familiares tal como viene reconocido en la ley. La familia es la unidad social fundamental y el entorno natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, particularmente de los niños. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del sistema de protección infantil.

La debida consideración del interés superior de los menores implica que tengan acceso a la cultura de su país y de su familia de origen, así como la posibilidad de obtener información acerca de su familia biológica. Los casos de adopción irregular como consecuencia de desapariciones forzadas se pueden clasificar en dos categorías: aquellos en los que la familia que recibe al niño no conoce las circunstancias que preceden a su encuentro con él, y aquellos en los cuales la familia de adopción es la familia de uno de los captores de los padres naturales o un miembro de la policía o de las fuerzas armadas que conoce el origen del niño.¹¹

La CIPPDF exige a los Estados miembros que arbitren un sistema de adopción u otro procedimiento de puesta en custodia de niños, y que revise y, cuando sea apropiado, anule cualquier adopción o puesta en custodia que se haya originado con ocasión de una desaparición forzada. Ese artículo no exige la anulación automática de una adopción originada en una desaparición forzada, pero sí exige a los Estados miembros que promuevan un procedimiento que haga posible solicitar la revisión de una adopción. La cuestión de si la adopción debe

¹⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2011). «Checklist for effective implementation of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance». IOR 51/006/2011, 9 de noviembre de 2011.

¹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988). «A study about the situation of minor children of disappeared persons who were separated from their parents and who are claimed by members of their legitimate families», informe anual 1987-1988, OEA/Ser. L/V/II. 74, pág. 3.

ser revisada o anulada vendrá determinada por los procedimientos legales del Estado miembro, por lo que la implementación de esta disposición se verá afectada por el sistema que efectivamente exista en la ley nacional para la protección del niño, las sustracciones, la adopción y el derecho de familia en general.

Durante el examen del informe de un Estado miembro, el Comité contra la Desaparición Forzada informó que había observado con preocupación la ausencia de procedimientos específicos para la revisión y, cuando fuera procedente, la anulación de las adopciones originadas por una desaparición forzada,¹² y recomendó a dicho Estado miembro que los estableciera, así como que dichos procedimientos tomaran en cuenta el superior interés del niño, y en particular que reconocieran su derecho a ser oído si tuviera discernimiento.¹³ También recomendó introducir una disposición explícita en el código civil para que los motivos de apelación para la revisión de una sentencia de adopción incluyeran las adopciones originadas en desapariciones forzadas como base legal para la apelación. Asimismo, el Estado miembro debe asegurarse en todos los casos de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, de acuerdo con el art. 25.5, y que el niño con capacidad de discernimiento tenga derecho a expresar libremente su opinión, que será debidamente valorada en función de su edad y madurez.¹⁴

El análisis anterior está principalmente basado en los artículos de la CI-PPDF que se refieren expresamente a la situación de los niños, pero la protección de estos está recogida además en otras disposiciones de la Convención. Existen numerosos artículos que se aplican implícitamente a la situación de los niños, incluyendo los artículos 12, 17, 18 y 24. Las garantías y salvaguardas prescritas por la Convención deben aplicarse efectivamente a los niños, con la finalidad de conseguir el respeto de sus derechos, su dignidad humana, su integridad física y psicológica y su protección frente a la ley. En este sentido, vale la pena recordar algunos artículos de la Convención.

De acuerdo con el artículo 12, los Estados miembros deben asegurarse de que cualquiera que afirme que una persona ha sido víctima de desaparición forzada tiene el derecho de informar de los hechos a las autoridades competentes, que han de examinar su denuncia de manera rápida e imparcial. Los niños no deben ser excluidos del ejercicio de este derecho, y la edad no debe constituir un impedimento a su derecho a participar plenamente en el proceso legal. Cada niño ha de ser tratado como un testigo competente, sujeto a examen,

¹² ONU (2013c), *op. cit.*, párr. 35.

¹³ ONU (2013c), *op. cit.*, párr. 36.

¹⁴ ONU (2013b), *op. cit.*, párr. 37.

y su testimonio no puede presumirse inválido o poco digno de confianza por razón de su edad.¹⁵ Los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para proteger a los niños que constituyen prueba, o que están relacionados con una persona desaparecida, contra cualquier maltrato o intimidación como consecuencia de la denuncia o de la evidencia aportada. Los niños víctimas de una desaparición forzada deben ser tratados durante el proceso legal de la manera adecuada y con sensibilidad, teniendo en cuenta su especial situación.

El artículo 17, que establece el derecho a no ser mantenido en detención secreta, debe ser interpretado con particular atención respecto de los niños, teniendo en cuenta su vulnerabilidad en situación de detención. Los Estados miembros deben prestar especial atención a los niños en conflicto con la ley, en particular si, además, se hallan privados de libertad. A fin de reducir la posibilidad de desaparición forzada, los Estados deben asegurar la asistencia legal. Cada niño privado de libertad debe tener el derecho a impugnar la legalidad de su pérdida de libertad o de su detención. Los Estados deben garantizar que el niño privado de libertad sea mantenido en un lugar oficial de detención. Deben asimismo garantizar medidas especiales de protección a las mujeres embarazadas detenidas a fin de prevenir la desaparición forzada de sus bebés. El derecho del niño nacido en cautividad debe incluir la conservación de su identidad, para lo cual se debe establecer un registro apropiado.

Los Estados miembros deben implementar este artículo con particular cuidado respecto de los niños detenidos y de conformidad con las reglas de la ley penal internacional, especialmente con las de la Convención sobre los Derechos del Niño, las reglas estándar mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil (reglas de Pekín), las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad (reglas de La Habana) y las guías de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (guías de Ryadh).¹⁶

El artículo 19 de la Convención exige que la información personal —incluidos los datos médicos o genéticos— que se recoja o transmita dentro del sistema de búsqueda de personas desaparecidas no se use ni difunda para propósitos distintos de la búsqueda de personas desaparecidas. La creación de bancos genéticos puede ayudar a la restauración de la identidad de los niños desaparecidos, ya que la huella genética constituye una herramienta excepcionalmente poderosa para identificar a los niños desaparecidos y, de ese modo,

¹⁵ ONU (2005). «Guidelines on justice in matters involving child victims and witnesses of crime», Consejo Económico y Social, Resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005.

¹⁶ ONU (2007). «Comentario General núm. 10», Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/10.

facilitar la reunificación familiar e innumerables búsquedas en países como Argentina y el Salvador.¹⁷

El artículo 24 presenta un innovador concepto de víctima. Según dicha disposición, los niños pueden ser víctimas de desaparición forzada tanto si han sido ellos mismos sujetos de desaparición forzada como si han sufrido daño como resultado directo de una desaparición forzada. En ambos casos tienen el derecho a conocer la verdad en relación con las circunstancias de la desaparición forzada, el progreso y los resultados de la investigación y el destino de la persona desaparecida.

El derecho a la verdad para el niño víctima de desaparición forzada incluye el derecho a recuperar la memoria de sus padres naturales, el derecho a saber que sus padres nunca lo abandonaron y el derecho a mantener contacto con su familia natural, a fin de que pueda conservar su memoria afectiva y darle continuidad.¹⁸

El derecho a conocer la verdad respecto del destino y el paradero de sus progenitores también se aplica a los casos en que el niño ha nacido durante la desaparición forzada de su madre y ha sido adoptado ilegalmente. Tanto la familia del desaparecido como el niño tienen el derecho absoluto de conocer la localización del niño.¹⁹

Las personas que son víctimas de desapariciones forzadas tienen derecho a compensación, tanto si son niños como si son adultos. Los niños tienen derecho a obtener reparación y una compensación inmediata, justa y adecuada. Esta disposición crea la obligación de suministrar ayuda humanitaria a las familias de los desaparecidos. Los Estados deben adoptar medidas apropiadas en el campo del bienestar social, las cuestiones económicas y el derecho de familia y de propiedad con respecto a la situación legal de las personas desaparecidas cuyo destino no se haya aclarado, y están obligados también a ofrecer inmediatamente asistencia humanitaria a las familias tras una desaparición.

En muchos casos, las personas desaparecidas son hombres y el principal sostén de la familia, por lo que debe facilitarse una ayuda especial a la mujer y los hijos dependientes. La aceptación de la ayuda económica por parte de la familia no se debe considerar una renuncia al derecho de reparación integral

¹⁷ Michele HARVEY-BLANKENSHIP, Phuong N. PHAM y Rachel SHIGEKANE (2010). «Genetic tracing, disappeared children and justice». *Innocenti Working Papers 2010-2012*. Florencia: UNICEF, Innocenti Research Centre, pág. 2.

¹⁸ ONU (2005). «Guidelines on justice...», *op. cit.*

¹⁹ ONU (2010). «Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias», A/HRC/16/48, pág. 7.

por los daños causados por el crimen de desaparición forzada. La asistencia puede incluir servicios de apoyo tales como los de carácter económico, legal, sanitario, educativo y social, y cualquier otro servicio necesario para la reintegración del niño. Debe proporcionarse obligatoriamente asistencia profesional, adecuada y efectiva a cada niño víctima de una desaparición forzada. Los profesionales deben estar preparados para proteger de manera efectiva a los niños víctimas de desapariciones forzadas y conocer sus necesidades. Para promover la debida diligencia y sensibilidad en relación con los actos de desaparición forzada en los que se hallen envueltos niños es imprescindible la formación de agentes gubernamentales e instituciones, así como conceder la máxima importancia a los derechos del niño.

En su artículo 25, la CIPPDF se refiere al interés superior del niño. Este principio, como se reconoce en el artículo 3 del CDN, asigna al niño el derecho a que su interés superior sea valorado y tomado en consideración principal en todas las acciones o decisiones que le conciernen, tanto en la esfera pública como en la privada. El Comité de Derechos de los Niños advierte que el concepto de «interés superior del niño» es complejo y que su contenido se debe determinar caso por caso.²⁰ Puesto que el concepto del interés superior del niño es flexible y adaptable, se debe regular y definir de manera individual de acuerdo con la situación específica del niño, tomando en consideración el contexto personal, su situación y sus necesidades.

Los Estados deben crear un entorno que respete la dignidad humana y asegure el desarrollo total de cada niño. En la valoración y determinación del interés superior del niño, el Estado debe asegurar el pleno respeto a su inherente derecho a la vida, a la supervivencia y a su desarrollo.²¹

Por otra parte, el hecho de que el niño se encuentre en una situación vulnerable no lo desposee del derecho a expresar sus puntos de vista ni reduce el peso de estos a los efectos de determinar su interés superior. Los Estados miembros deben garantizar el derecho a ser oído de cualquier niño con discernimiento. Esta frase no debe ser vista como una limitación, sino más bien como la obligación de los Estados de valorar la capacidad del niño para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible.²² La madurez se refiere a la habilidad para comprender y valorar las implicaciones de una cuestión en par-

²⁰ ONU (2013a). «Comentario General núm. 14», Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/14, párr. 32.

²¹ ONU (2013a). «Comentario General núm. 14», *op. cit.*, párr. 42.

²² ONU (2012a). «Comentario General núm. 12», Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/12, párr. 20.

ticular y debe ser tenida en cuenta para determinar la capacidad individual de un niño. El Comité de los Derechos del Niño recalca que esta disposición se aplica a todos los procedimientos judiciales relevantes que afecten al niño, sin limitación alguna.

La efectividad del derecho del niño a expresar sus puntos de vista requiere que este haya sido previamente informado por aquellos que sean responsables de oírlo o bien por el custodio legal o por sus padres, acerca de las materias, opciones y posibles decisiones que habrá que tomar, así como de sus consecuencias.

Enfoque del Comité contra la Desaparición Forzada respecto a los problemas de los niños afectados por desapariciones forzadas

En los últimos años, el Consejo de Derechos Humanos ha reconocido la necesidad de reflejar de manera más sistemática la situación de las mujeres y niños víctimas de desaparición forzada.²³ La resolución 14/10, del 23 de junio de 2010, reconoce que esas desapariciones forzadas tienen especiales consecuencias para grupos vulnerables, como el de mujeres y niños, debido a que muy a menudo sufren las serias privaciones económicas que suelen acompañar a la desaparición, y a que son particularmente vulnerables ante la violencia sexual u otras cuando son ellos mismos sujeto de desaparición.

El impacto que la desaparición forzada puede tener en las mujeres y los niños como víctimas ha llamado la atención del Comité contra la Desaparición Forzada desde su primera sesión, en cuyo transcurso se reconoció que la desaparición forzada tiene consecuencias especiales para estas víctimas. Debido a dicha consideración, el comité decidió promover una discusión temática acerca de la situación de las mujeres y los niños como grupos particularmente afectados por la desaparición forzada. El propósito de dicha discusión fue alcanzar una comprensión más profunda del contenido e implicaciones de la CIPPDF en esas categorías. Esta particular atención del comité fue alentada por el alto comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quien felicitó a este organismo por dedicar una de sus primeras discusiones temáticas a las mujeres y los niños.²⁴

²³ Resoluciones del Consejo: 2004/40 del 19 de abril de 2001; 2005/27 del 19 abril de 2005; 7/12 del 27 de marzo de 2008; 10/10 del 26 de marzo de 2009; 14/10 del 23 de junio de 2010.

²⁴ www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12014&LangID=E.

Dicha discusión, celebrada el 29 de marzo de 2012 con la participación de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y de UNICEF, orientó al comité en el desarrollo de un enfoque que considerara de forma especial a las mujeres y los niños al interpretar la Convención. Esta consideración especial puede apreciarse en sus orientaciones para la presentación de informes, en virtud de las cuales se exigió a los Estados miembros que proporcionaran datos desagregados por edad y sexo²⁵ y que identificaran en sus informes las prácticas de desapariciones forzadas en relación con mujeres y niños, así como las medidas adoptadas para castigarlas y prevenirlas. Tales datos permitirán que el comité efectúe una adecuada valoración de la implementación de la Convención y un análisis de los factores relacionados con la incidencia y la prevención de la desaparición forzada de mujeres y niños.

Al mismo tiempo, durante el proceso de examen de los primeros informes de Estados miembros, el comité ha destacado la necesidad de una mayor sensibilización en todo lo relacionado con las mujeres y los niños. El CDF ha subrayado el efecto particularmente cruel de las desapariciones forzadas en relación con ambos. En el caso de las mujeres, las expone y las hace particularmente vulnerables a la violencia sexual, además de la violencia, persecución y represalias que afectan en general a las personas desaparecidas. En el caso de los niños, los hace vulnerables además a la pérdida de su identidad. En este contexto, el comité puso especial énfasis en la necesidad de que los Estados miembros garanticen que las mujeres y los niños que son víctimas de desaparición forzada dispongan de especial protección y asistencia.²⁶

La implementación de la CIPPDF de manera adecuada desde un punto de vista de sensibilidad para con la infancia requiere la cooperación de las corporaciones y mecanismos nacionales, regionales e internacionales con las agencias de las Naciones Unidas.

Conclusiones

La desaparición forzada constituye una forma de violencia extrema contra los niños. Cuando la víctima de una desaparición forzada es un niño debe tomarse en cuenta su vulnerabilidad para tratarlo de una manera adecuada y con la

²⁵ ONU (2012b). «Guidelines on the form and content of reports under article 29 to be submitted by States Parties to the Convention», Comité contra la Desaparición Forzada, CED/C/2, párr. 36.

²⁶ ONU (2013c), *op. cit.*, párr. 39.

sensibilidad necesaria, teniendo en cuenta su situación personal y sus necesidades respecto de su integridad física, mental y moral.

La desaparición forzada puede producir un daño físico y mental, angustia emocional y psicológica, ausencia de seguridad en los aspectos sociales y económicos, así como marginación económica. Los niños afectados por la desaparición forzada deben gozar de especial atención y aquellos víctimas de desaparición forzada deben ser rescatados física y psicológicamente y reintegrados a la sociedad.

En los casos de desapariciones forzadas que involucren a niños, se han de tener en consideración los principios fundamentales de la CDN: el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, el derecho a la libertad sin discriminación, el derecho a ser oído y el interés superior del niño.

La CIPPDF promueve un sistema especial de protección para los niños víctimas de desapariciones forzadas. Los Estados miembros tienen la obligación de prevenir e impedir las desapariciones de niños así como la práctica de la sustracción de niños nacidos durante la desaparición de sus madres. Tienen la obligación de buscar, identificar, localizar y devolver a los niños desaparecidos a su familia de origen, así como impedir y castigar la falsificación, ocultación y destrucción de documentos que acrediten su verdadera identidad. En los países en los que exista un sistema de adopción u otra forma de otorgamiento de custodia de menores, debe permitirse que se revise la adopción del niño desaparecido. Los Estados que reconocen y permiten el sistema de adopción deben garantizar que el superior interés del niño sea la consideración más importante. Dicho interés puede ser determinado de manera individual y objetiva tomando en cuenta diversos factores, incluida la opinión del niño. De acuerdo con el artículo 24 de la Convención, es muy importante la reparación con respecto a las víctimas infantiles. También debe potenciarse la participación de los niños en los procesos abiertos por supuestos de desaparición forzada de los que sean víctimas. Los Estados miembros deben garantizar la asistencia mutua en la búsqueda, identificación, localización y retorno de los niños desaparecidos.

Los Estados deben constituir sistemas de protección infantil globales capacitados para atender todos los supuestos que rodean la desaparición forzada. Los niños son el futuro, y lo que afecta a su desarrollo afecta también al desarrollo de nuestra sociedad y al desarrollo de nuestro mundo.

Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2011). «Checklist for effective implementation of the International Convention for the protection of all persons from enforced disappearance». IOR 51/006/2011, 9 de noviembre de 2011 (versión castellana: www.amnesty.org/en/library/asset/IOR51/006/2011/en/c8f4f7e9-112c-4dc7-9fcf-47b80fc44eb9/ior510062011es.pdf).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988). «A study about the situation of minor children of disappeared persons who were separated from their parents and who are claimed by members of their legitimate families», informe anual 1987-1988, OEA/Ser. L/V/II. 74, pág. 3.
- HARVEY-BLANKENSHIP, M.; PHAM, P. N. y SHIGEKANE, R. (2010). «Genetic tracing, disappeared children and justice». *Innocenti Working Papers 2010-2012*. Florencia: UNICEF, Innocenti Research Centre.
- McCRORY, S. (2007). «The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance», *Human Rights Law Review*, núm. 7(3), pág. 545-566.
- NOWAK, N. (2009). «Torture and enforced disappearance». En KRAUSE, C. y SCHAI-NIN, M. (eds.). *International protection of human rights: A textbook*. Turku: Universidad Abo Akademi.
- ONU (2002). «Informe de Manfred Nowak», E/CN. 4/2002/71.
- (2005). «Guidelines on justice in matters involving child victims and witnesses of crime», Consejo Económico y Social, Resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005.
- (2006). «Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños», A/61/299.
- (2007). «Comentario General núm. 10», Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/10.
- (2010). «Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias», A/HRC/16/48.
- (2011). «Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias», A/HRC/19/58.
- (2012a). «Comentario General núm. 12», Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/12.
- (2012b). «Guidelines on the form and content of reports under article 29 to be submitted by States Parties to the Convention», Comité contra la Desaparición Forzada, CED/C/2.
- (2013a). «Comentario General núm. 14», Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/14.
- (2013b). «Observaciones finales del informe presentado por Francia», Comité contra la Desaparición Forzada, CED/C/FRA/CO/1.
- (2013c). «Observaciones finales del informe presentado por Uruguay», Comité contra la Desaparición Forzada, CED/C/URY/CO/1.

PARTE III
LA SITUACIÓN
EN EL CONO SUR Y CENTROAMÉRICA

Los niños y el Cóndor

Álvaro Garcé García y Santos

Están en algún sitio / concertados
desconcertados / sordos
buscándose / buscándonos
bloqueados por los signos y las dudas
contemplando las verjas de las plazas
los timbres de las puertas / las viejas azoteas
ordenando sus sueños sus olvidos
quizá convalecientes de su muerte privada.

MARIO BENEDETTI,
«Desaparecidos»*

Introducción. Contexto: el terrorismo de Estado en el Cono Sur

Entre los años sesenta y ochenta, los países del Cono Sur latinoamericano fueron un campo de batalla de la Guerra Fría. Por orden cronológico, en Paraguay, Brasil, Bolivia, Chile, Uruguay y Argentina se produjo la caída del Estado de derecho y la instauración de regímenes dictatoriales basados en la doctrina de la seguridad nacional.

Apenas consumado el golpe de Estado de 1973, un famoso jerarca uruguayo resumía su base ideológica, que no era diferente de la que inspiró acciones similares en los países cercanos: «Democracia y marxismo son incompatibles. Su eliminación es imprescindible para la convivencia en paz y progreso. Todos sabemos que el mal es grave y profundo y que, como tal, la terapéutica urge. El proceso iniciado por las Fuerzas Armadas es irreversible y será mantenido pese a quien pese, para bien de mujeres y hombres de este país. Las Fuerzas Armadas están constituidas por hombres juramentados corporativamente, en

* El poema forma parte de la obra *Poemas del alma* (editorial Oveja Negra, 1980). En sus diversas manifestaciones, el arte se ha ocupado de las desapariciones forzadas en Latinoamérica. En el cine, *Mis-sing* («Desaparecido», Costa-Gavras, 1982, basada en el libro *The execution of Charles Horman*, de Thomas Hauster) abrió una prolífica serie de producciones que se ha extendido hasta el presente, y que incluye documentales como *Los huérfanos del Cóndor* (Francia-Uruguay, 2003), *Botín de guerra* (Argentina-España, 1999), *Chicha, esperanza y dolor* (Argentina, 2008) y filmes de ficción como *Figli* (Italia, 2005), *Aparecidos* (Argentina-España-Suecia, 2007) y *Looking for Victoria* (Holanda, 2004). En la música, «Desaparecidos» de Rubén Blades (1985) fue seguido por obras como la de Sting («They dance alone», 1987). En la fotografía, merece una mención la sobria —pero a la vez impactante— producción del artista argentino Gustavo Germano, denominada «Ausencias».

base a ideales superiores cuya inspiración filosófica y patriótica nace de los principios que rigen la nacionalidad, siendo un deber conseguir su supervivencia. Pero no nos llamemos a engaño: para que todo ese esfuerzo sea positivamente aprovechado, para llevar hasta el fin lo que se ha propuesto el gobierno y las Fuerzas Armadas, hay que ir al enemigo que todos conocemos muy bien, porque sabemos de qué arte, maña y medios se vale para envilecer conciencias y paralizar brazos, formando rebaños, creando miserias y odio. Su acción falaz, ruin y traidora debe ser definitivamente extirpada, como debe ser extirpado el cáncer, en bien de la vida».¹

Invocando una común estrategia de defensa, en los diferentes países fueron desarrollándose patrones seriales en las acciones represivas de los Estados,² y de ese modo se generalizó una acción coordinada sobre cualquiera que resultara sospechoso de ser enemigo, sin que importara el lugar de la residencia o su nacionalidad. Miles de personas buscaron escapar de la represión refugiándose en países vecinos, ante lo cual las dictaduras crearon una estrategia común de persecución.³

Se conoce como Plan Cóndor a la alianza que unió a las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur en su lucha contra personas designadas como elementos subversivos, mediante actividades que estaban básicamente coordinadas por los militares de los países involucrados.⁴ En este contexto, la práctica de la desaparición forzada constituyó una manifestación extrema del terrorismo de Estado, «ejecutada por su personal burocrático, con financiamiento y medios oficiales que abarcaron hasta relaciones diplomáticas».⁵

Una de las más atroces consecuencias de este terrorismo de Estado —«poder desaparecedor ejercido en forma sistemática»⁶— fue la sustracción y apropiación de niños, estrategia enfocada *ab initio* a interrumpir la transmisión de pertenencias e identidades.

Todo ello tuvo como necesario preámbulo la desarticulación de las instituciones democráticas. El proceso —que comenzó en 1964 en Brasil y luego se

¹ «Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos en cumplimiento del artículo 4 de la ley 15.848», Presidencia de la República e IMPO, Montevideo, 2007, tomo 1, pág. 75.

² Actualización de la obra mencionada en la nota precedente, recuperado en http://medios.presidencia.gub/jm_portal/2011/noticias/NO_B889/pres_inv_historica (consultado el 03/12/2013).

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Goiburú y otros c. Paraguay*, sentencia del 22 de septiembre de 2006, párr. 61.5.

⁴ *Ídem*, párr. 61.6.

⁵ «Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos...», *op. cit.*, tomo 1, pág. 31.

⁶ «Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos...», *op. cit.*, tomo 1, pág. 20.

extendió por toda la región— se reseñará brevemente a continuación, para luego analizar el fenómeno de la sustracción y apropiación de niños.

El asalto al Estado de derecho: cronología de una caída serial

Brasil

El golpe de Estado de 1964 en Brasil, por el que fue derrocado João Goulart, inició la infame serie del asalto al Estado de derecho en el Cono Sur. Poco después, y casi sin excepciones, el continente se encontraba gobernado por regímenes dictatoriales, militares o cívico-militares.

Los planes de reforma agraria y la independiente política exterior de Goulart generaron inquietudes dentro y fuera de fronteras. El 31/03/1964, el general Olímpio Mourão Filho, jefe de la dotación militar de Minas Gerais, iniciaba la revuelta y avanzaba con sus tropas hacia Río de Janeiro, donde se encontraba el presidente Goulart. En vano este buscó el apoyo en el Sur de Brasil, hacia donde se desplazó planeando oponer resistencia. La adhesión de las tropas paulistas al alzamiento resultó definitiva. El 02/04/1964 el Congreso destituía al presidente, quien se exiliaba en Punta del Este, Uruguay.⁷ Entretanto, desde

⁷ El 06/12/1976 Goulart falleció por un supuesto ataque cardíaco en su estancia La Villa, ubicada en la localidad de Mercedes, provincia de Corrientes, Argentina. Su amigo y apoderado Enrique Foch Díaz, residente en Maldonado, Uruguay, denunció en 1982 como dudosa la causa de la muerte. La hipótesis del homicidio, silenciada durante casi dos décadas, cobró fuerza cuando el 26/04/2000 Leonel Brizola pidió formalmente la apertura de las investigaciones; según Brizola, las muertes de Jango (como era popularmente conocido Goulart) y del también ex presidente brasileño Juscelino Kubitschek (22/08/1976) fueron planeadas y coordinadas; la de Goulart, en el contexto del Plan Cóndor, que se hallaba por entonces en pleno auge. La exhumación del cuerpo de Jango, cuyos restos se encontraban en el cementerio de São Borja, su ciudad natal, fue dispuesta recientemente por la Comisión de la Verdad. Las pericias intentarán determinar si fue envenenado por adulteración de un medicamento, que tomaba desde 1974 tras sufrir un infarto. Con la complicidad de una empleada doméstica, la introducción del veneno en las cápsulas, clandestinamente sustraídas, habría estado a cargo de un médico uruguayo, fallecido hace unos años. El asesinato habría sido provocado con el propósito de evitar el regreso a Brasil, posibilidad que el depuesto presidente contemplaba poco antes de su deceso. Otro factor que habría propiciado el asesinato, según un represor uruguayo procesado en Brasil por delitos comunes, fue que Goulart realizó gestiones tras el secuestro de Elena Quinteros, ocurrido el 28/07/1976 en el jardín de la embajada de Venezuela en Montevideo. La negativa del gobierno uruguayo de devolver a la maestra generó un incidente diplomático que culminó con la ruptura de relaciones con Venezuela el 05/07/1976. La reanudación de las relaciones se produjo en marzo de 1985, con el retorno de Uruguay a la vida democrática. Para obtener más información sobre el caso de Elena Quinteros, se recomienda *Secuestro en la Embajada*, de Raúl Olivera y Sara Méndez, Fundación Editorial el Perro y la Rana, Caracas, 2008.

Washington el presidente Johnson enviaba sus «calurosos saludos» a los insurrectos. El 15/04/1964 Humberto Castelo Branco asumía la presidencia; la dictadura se extendió hasta comienzos de 1985.

En noviembre de 2011, por ley 12.528 fue instituida la Comisión Nacional de la Verdad. Sus siete miembros tomaron posesión el 16/05/2012 ante la presidenta Dilma Rousseff, quien en los años setenta sufrió directamente los efectos de la represión. En mayo de 2013, al cabo de su primer año de trabajo, la Comisión realizó un avance de sus actividades, que hasta ese momento incluyeron el registro de 268 testimonios de víctimas y testigos.

Uno de los casos a consideración de la Comisión es el de Stuart Edgar Ángel Jones, hijo de la conocida diseñadora Zuleika Ángel y el estadounidense Norman Jones, detenido y muerto el 14/04/1971. La dictadura lo consideró «desaparecido». En ocasión de un viaje al exterior, Zuleika Ángel tomó el micrófono de la tripulación y anunció que el avión iba a descender en Brasil, «país donde se tortura y da muerte a jóvenes y estudiantes». La diseñadora murió en un accidente de tránsito el 14/04/1976, es decir, en la misma fecha de la detención y muerte de su hijo, cinco años después. Una semana antes dejó en la casa del cantante *Chico* Buarque una nota que rezaba: «Si aparezco muerta, por accidente u otro medio, habrá sido obra de los asesinos de mi amado hijo».⁸

En 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró sin efectos jurídicos la ley de amnistía de 1979 promulgada por João Baptista de Figueiredo, el último de los presidentes de la dictadura. De acuerdo con la interpretación dada hasta el momento a dicha norma por el Supremo Tribunal Federal, esta impide el juzgamiento de los represores; no obstante, podrían iniciarse juicios en el futuro, en virtud del carácter imperecedero de los crímenes de lesa humanidad.

Bolivia

El 21/08/1971 el coronel Hugo Bánzer Suárez derrocó a Juan José Torres e inició un cruento periodo de represión. En 1966 se había instalado en Bolivia un foco guerrillero internacional, comandado por Ernesto *Che* Guevara. Entre 1966 y 1968 se produjeron enfrentamientos entre el ejército y la guerrilla, y el propio Guevara resultó abatido el 08/10/1968. Según Amnistía Internacional, en el pe-

⁸ www.uypress.net/uc_43427_1.html (consultado el 06/12/2013).

riodo indicado tuvieron lugar unas 8.000 ejecuciones a cargo de escuadrones paramilitares.

Tras la llegada al poder, Banzer ilegalizó los partidos políticos y los sindicatos y gobernó con mano dura hasta su derrocamiento en 1978. En 1979 se convocaron elecciones, en las que se impuso el socialista Hernán Siles Suazo pero sin obtener la mayoría necesaria para ser ungido presidente por el Congreso.

No obstante, el triunfo de Siles en las urnas fue considerado inaceptable por los sectores que habían gobernado en los años anteriores y un nuevo golpe, esta vez encabezado por el general Alberto Natusch Busch, puso término al efímero ciclo democrático. De inmediato se desató otro periodo de represión generalizada, que incluyó hechos como la masacre de Todos Santos,⁹ episodio a raíz del cual perdieron la vida más de cien personas.

Desde 1980 gobernó el general García Meza, cuyo periodo es recordado por la corrupción, la crisis económica y las masivas violaciones a los derechos humanos. Una rebelión militar lo desplazó del poder en 1981, tras lo cual se sucedieron varios presidentes hasta octubre de 1982, cuando nuevamente Hernán Siles Suazo se impuso en los comicios. Una de sus primeras decisiones fue la creación de la Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados, que recibió denuncias de casos ocurridos entre 1967 y 1982, y logró localizar los restos de decenas de personas.

Lamentablemente la Comisión fue disuelta en 1984, antes de concluir su reporte. El paradero de sus trabajos se desconoce, ignorándose si los documentos que produjo fueron destruidos. Pese a todo ello, debe reconocerse que se trató de la primera comisión de la verdad en América Latina.

En total, al cabo de los múltiples gobiernos dictatoriales de los años setenta y ochenta, se cuentan en Bolivia más de quinientos casos de personas sometidas a desaparición forzada.

Chile

El acceso de Salvador Allende a la presidencia del país fue seguido por un proceso de polarización social, crisis económica e inestabilidad política,¹⁰ esta última provocada por múltiples acciones de desestabilización institucional, cuya intensidad fue en aumento a partir del año 1972.

⁹ La masacre comenzó el 01/11/1979 y se extendió por unos quince días.

¹⁰ En las elecciones del 04/11/1970 la Unidad Popular obtuvo el 36,6% de los sufragios.

El 11/09/1973 Augusto Pinochet encabezó un golpe de Estado que puso término a cincuenta años de estabilidad democrática en Chile. La dictadura se prolongó hasta el mes de marzo de 1990.¹¹

La represión y los fusilamientos se iniciaron de inmediato tras el golpe;¹²

¹¹ A la hora 7.55 del 11/09/1973, Allende alertaba a la población mediante un mensaje difundido por Radio A. M. Corporación, en cuyo comienzo expresó: «Habla el presidente de la República desde el Palacio de la Moneda. Informaciones confirmadas señalan que un sector de la marinería habría aislado Valparaíso y que la ciudad estaría ocupada, lo que significa un levantamiento contra el Gobierno, del Gobierno legítimamente constituido, del Gobierno que está amparado por la ley y la voluntad del ciudadano [...]. En todo caso yo estoy aquí, en el Palacio de Gobierno, y me quedaré aquí». A las 9.03 Allende dirigía otro mensaje, esta vez por medio de A. M. Radio Magallanes: «En estos momentos pasan los aviones. Es posible que nos acribillen. Pero que sepan que aquí estamos, por lo menos con nuestro ejemplo, que en este país hay hombres que saben cumplir con la obligación que tienen [...]. Pagaré con mi vida la defensa de los principios que son caros a esta patria». Finalmente, el presidente constitucional expresó a las 9.10 por la misma radio: «Seguramente esta será la última oportunidad en que pueda dirigirme a ustedes [...]. Seguramente Radio Magallanes será acallada y el metal tranquilo de mi voz ya no llegará. No importa. La seguirán oyendo. Siempre estaré junto a ustedes. Por lo menos, mi recuerdo será el de un hombre digno que fue leal con la Patria. El pueblo debe defenderse, pero no sacrificarse. El pueblo no debe dejarse arrasar ni acribillar, pero tampoco puede humillarse. Trabajadores de mi Patria, tengo fe en Chile y su destino. Superarán otros hombres este momento gris y amargo en el que la traición pretende imponerse. Sigán ustedes sabiendo que, mucho más temprano que tarde, de nuevo se abrirán las grandes alamedas por donde pase el hombre libre, para construir una sociedad mejor [...]. Estas son mis últimas palabras y tengo la certeza de que mi sacrificio no será en vano, tengo la certeza de que, por lo menos, será una lección moral que castigará la felonía, la cobardía y la traición». Minutos más tarde perecían el presidente y algunos de sus más cercanos colaboradores bajo el fuego de aviones de la Fuerza Aérea Chilena. A las 15 h del mismo día se implantaba el toque de queda y comenzaban las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas.

¹² Apenas veinticuatro horas después del golpe, el Estadio Nacional de Santiago fue habilitado como centro de detención, y en unos pocos días llegó a albergar a unas siete mil personas, según estimaciones de la Cruz Roja. Los detenidos permanecían en un régimen de absoluta incomunicación con el exterior, sin poder recibir visitas de familiares, allegados o abogados. El sector de enfermería se transformó en recinto de tortura. Luego de visitar el estadio en septiembre y octubre de 1973, la Cruz Roja informó que los «diferentes detenidos se quejaron de malos tratos y de torturas, en el momento de la captura y durante los interrogatorios. Los delegados y médicos del CICR han podido constatar evidencias de torturas psicológicas y físicas en muchos detenidos». Adam Schesch, quien estuvo privado de libertad en el estadio, declaró lo siguiente a la Comisión Rettig: «Se juntó más y más gente en el micro y fuimos llevados al Estadio Nacional. En total éramos 40 personas y a los dos extranjeros nos pusieron al margen, mientras a los chilenos los trataban más brutalmente [...]. Fuimos testigos y oímos entre 400 y 500 ejecuciones por armas automáticas, ametralladoras de grueso calibre, de gente llevada en grupos de 10 a 20 personas. Por eso no entendemos la cifra oficial, que solo habla de 40 fusilados en ese recinto deportivo. La experiencia más vívida fue el sábado 15 de septiembre, cuando estábamos todavía separados. Pat, ubicada cerca del campo de juego de fútbol, estaba sobre una muralla baja para su segundo interrogatorio. Espiando a través de la intersección de dos alas, vio a un joven llevado por la guardia. Ellos se detuvieron y el guardia encendió un cigarrillo. Entonces, se dirigió al campo de juego. Desde nuestro lugar, otra persona fue llevada. Luego de un par de minutos, el grupo de personas de afuera empezó a cantar (“Venceremos”). En ese momento armas automáticas empezaron a disparar. A medida que el fuego continuaba, cada vez menos personas cantaban. Finalmente, el canto se detuvo y el fuego también. Inmedia-

entre otros tristes episodios resalta la «caravana de la muerte»,¹³ cuya inusitada violencia ha quedado recogida en múltiples testimonios.¹⁴

En marzo de 1974 se presentó el primer recurso de amparo, en el que se reclamaba por la desaparición de 131 personas. De allí en adelante, la respuesta del Estado frente a los requerimientos nacionales e internacionales respecto del paradero de personas desaparecidas fue invariable: las víctimas no existían, o se habían ocultado voluntariamente, o habían fallecido naturalmente, o habían sido ejecutadas por sus propios compañeros (*sic*) en ocasión de supuestos enfrentamientos armados.

Entre 1974 y 1975, las múltiples denuncias sobre desapariciones forzadas en Chile motivaron las respectivas reacciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. El grupo de trabajo encargado por dicha comisión para investigar las desapariciones forzadas concluyó su documento en el mes de febrero de 1976.

Hacia mediados de 1978 la Vicaría de la Solidaridad llevaba documentados 478 casos de desapariciones forzadas, y poco después (31/10/1979) la Asamblea General de la O.E.A. pronunció una declaración sobre Chile, en la que afirmaba que las desapariciones forzadas constituían una «afrenta a la conciencia del hemisferio».

Al cabo de tres comisiones de la verdad sucesivamente instaladas (Comisión Rettig, 1990;¹⁵ Valech, 2003;¹⁶ Valech II, 2010-2011),¹⁷ Chile reconoció oficialmente 40.018 víctimas y 3.065 muertos y desaparecidos.

tamente, un soldado volvió y dijo a otro guardia que estaba a pocos pasos: “Había 37 en ese grupo”» (www.memoriaviva.com/Centros/ooMetropolitana/estadio_nacional_h.htm; consultado el 04/12/2013).

¹³ La comitiva de exterminio, a cargo del teniente Juan Viterbo Chiminelli, partió de Santiago de Chile el 30/11/1973 con destino a las principales ciudades del sur del país; en esta primera salida, la caravana cobró la vida de 26 personas. El 16/10/1973 el grupo criminal salió en dirección al norte, de donde regresó el 22/11/1973. El saldo final fue de 71 ajusticiados.

¹⁴ Al respecto, el general Joaquín Lagos declaró: «Me daba vergüenza verlos, estaban hechos pedazos. De manera que yo quería armarlos, por lo menos dejarlos en una forma humana. Se ensañaron [...]. Se los mataba de modo que murieran lentamente. O sea, a veces los fusilaban por partes» (http://elpais.com/articulo/internacional/general/acuso/pinochet/elpepiint/20010128elpepiint_4/Test; consultado el 03/12/2013).

¹⁵ La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación fue creada por el presidente Patricio Aylwin, por decreto supremo 355, del 25/04/1990, con el propósito, según la citada norma, de «esclarecer la verdad sobre las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el país entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990». La Comisión fue presidida por el jurista Raúl Rettig. Tras nueve meses de trabajo, el 08/02/1991 el grupo entregó al presidente sus conclusiones, que detallan 3.550 denuncias de violaciones a los derechos humanos.

¹⁶ Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura; fue presidida por monseñor Sergio Valech. Su creación fue dispuesta por el presidente Ricardo Lagos mediante decreto 1.040, del 26/11/2003, con la calidad de órgano asesor de la presidencia.

¹⁷ Convocada el 17/02/2010 y presidida por el propio monseñor Valech hasta su fallecimiento, el 24/11/2010; desde entonces, la presidencia del grupo estuvo a cargo de María Sepúlveda. El informe final

Uruguay

El 27/06/1973 el presidente Juan María Bordaberry, electo en los comicios de noviembre de 1971, disolvió el Parlamento e inició el autodenominado «proceso cívico militar», que se extendió hasta el 15/02/1985. El mismo día del golpe, la central única de trabajadores convocaba a una huelga general de resistencia cuya duración se prolongó por dos semanas.

A diferencia de los países vecinos, en los que se practicó la desaparición forzada y posterior ejecución sistemática como principal herramienta represiva, en Uruguay el recurso más empleado por la dictadura fue la tortura, masivamente aplicada durante periodos de desaparición que variaban entre semanas, meses y años, seguida de la prisión prolongada.¹⁸

Otra diferencia radicó en la selectividad de la represión: mientras que en los países cercanos esta comenzó de inmediato y en forma generalizada, en Uruguay los operativos se desarrollaron en etapas y contra objetivos determinados, por ejemplo, un grupo o partido político, la central sindical, los gremios estudiantiles, etc.

Como se establece en el informe sobre detenidos desaparecidos, las formas más abiertamente represivas del Estado uruguayo se fueron asentando gradualmente, tras sucesivas escaladas de violencia institucional. Comenzaron antes del golpe de Estado, pero tomaron un giro respecto a la desaparición de personas hacia fines de 1975 y se consolidaron entre 1976 y 1978 en el país y en la región por medio del Plan Cóndor.¹⁹

En agosto del año 2000, en cumplimiento del anuncio realizado el día de su asunción como primer mandatario, el presidente Jorge Batlle creó la Comisión para la Paz, con el cometido de recibir y recopilar información sobre desapariciones forzadas ocurridas durante la dictadura y elaborar un informe final.²⁰ Tal informe fue presentado en 2003, y por decreto del 16 de abril de ese año

fue dado a conocimiento el 28/11/2004, y ha servido como base para el otorgamiento de reparaciones. Se prevé la desclasificación de los testimonios completos de las víctimas en el término de cincuenta años.

¹⁸ Según datos consignados en la *Investigación histórica sobre la dictadura y el terrorismo de Estado, 1973-1985*, Cruz del Sur, Montevideo, 2009, el total de procesados por la justicia militar uruguaya ascendió a 5.925 personas. Teniendo en cuenta que la población nacional a mediados de los setenta no superaba los tres millones, la tasa de presos políticos con relación a la población total llegó a ser la más alta de la región, superando las trescientas personas privadas de libertad por cada cien mil habitantes.

¹⁹ «Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos...», *op. cit.*, tomo I, pág. 73.

²⁰ Decreto 858/2000, del 9 de agosto de 2000.

el poder ejecutivo aceptó las conclusiones, asumiendo que estas constituían la versión oficial sobre el destino de las personas sometidas a desaparición forzada.

Tras la presentación del informe se designó una Secretaría de Seguimiento de la Comisión. Instalada en la órbita de presidencia de la República, la Secretaría ha continuado hasta el presente sus actividades.

El número de denuncias confirmadas asciende a 178 casos de desaparición forzada, 34 de ellos ocurridos en territorio uruguayo. Desde 2005 a la fecha se han localizado los restos de cinco personas.²¹

Argentina

Tras derrocar a la presidenta María Estela Martínez de Perón, el 24/03/1976, las Fuerzas Armadas disolvieron el Congreso y las legislaturas provinciales, destituyeron a los gobernadores, removieron a los miembros de la Corte Suprema y suprimieron las actividades de los sindicatos y los partidos políticos.

Contando para ello con el «poderío y la impunidad del Estado absoluto»²² instauraron «un terrorismo infinitamente peor que el combatido»;²³ secuestraron, torturaron y ejecutaron. «De este modo, en nombre de la seguridad nacional, miles y miles de seres humanos, generalmente jóvenes y hasta adolescentes, pasaron a integrar una categoría y fantasmal: la de los Desaparecidos.»²⁴

En una entrevista publicada el 14/12/1979, Videla definió la situación de los desaparecidos en términos tristemente recordados: «El desaparecido, en tanto esté como tal, es una incógnita; mientras sea desaparecido no puede tener tratamiento especial, porque no tiene identidad. No está vivo ni muerto. Está desaparecido».²⁵

En su informe de 1984, la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) registró, en una primera lista abierta,²⁶ 8.961 casos de perso-

²¹ El 21/10/2005 se hallaron los restos de Fernando Miranda, detenido el 30/11/1975; el 29/11/2005 se produjo el hallazgo, en un predio suburbano próximo a la ciudad de Pando, de los restos de Ubagesner Chaves Sosa, detenido el 28/05/1976; el 21/12/2011, los del maestro Julio Castro, desaparecido el 01/08/1977; el 15/03/2012, los de Ricardo Blanco Valiente, desaparecido el 15/01/1978.

²² CONADEP, «Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas», 18.ª edición, Buenos Aires: Eudeba, 1994, pág. 7.

²³ *Ídem*, pág. 7.

²⁴ *Ídem*, pág. 9.

²⁵ Noemí CIOLLARO, *Pájaros sin luz*, Buenos Aires: Planeta, 1999.

²⁶ CONADEP, *op. cit.*, pág. 293. La cifra total de desapariciones en el periodo comprendido entre el 24/03/1976 y el 10/12/1983 ha sido estimada por organizaciones de defensa de los derechos humanos en unas treinta mil.

nas sometidas a desaparición forzada. No obstante, el histórico informe tomó debida nota de que, por diversas circunstancias tales como la inexistencia de familiares, la reserva o la imposibilidad material de acceso a los mecanismos de recepción de denuncias, muchas situaciones no llegaron a denunciarse.

De las víctimas registradas por la CONADEP, un 0,82% tenía de 0 a 5 años; 0,25%, de 6 a 10 años; 0,58%, de 11 a 15 años. Las mujeres constituyeron el 30% de las personas desaparecidas, y de ellas el 10% (un 3% del total) estaban embarazadas.²⁷

Paraguay

El caso de Paraguay, aunque mantiene analogías con el resto del Cono Sur en aspectos básicos, presenta a la vez algunos elementos diferenciales.²⁸

Además de la precedencia temporal con respecto al resto de los regímenes dictatoriales, el establecimiento del régimen de Stroessner respondió a una hegemonía militar que la Comisión de la Verdad y la Justicia de Paraguay relacionó con antecedentes típicamente nacionales.²⁹

La dictadura de Stroessner tuvo signos no de simple autoritarismo, sino de un proyecto definitivo. Uno de ellos fue la proclamada «unidad granítica» entre el Gobierno, las Fuerzas Armadas y el Partido Colorado para ejercer un control total del Estado y de la sociedad.³⁰ Esta trilogía sustentó y prolongó por treinta y cinco años el régimen: el componente militar actuó como grupo armado y coercitivo; el Partido Colorado aportó el sustento político, funcionando como partido único o hegemónico; y ambos elementos reconocieron el liderazgo único de Stroessner como elemento aglutinador.³¹

Otra diferencia del modelo represivo paraguayo en relación con otros países de la región es que no se crearon estructuras militares o policiales clandestinas, diferentes o paralelas a las oficiales y públicas del Estado, sino que las violaciones a los derechos humanos se perpetraron de manera visible y publicitada. Tampoco existieron centros de detención y tortura clandestina, ya que para esos efectos se utilizaron las dependencias policiales, militares y civiles co-

²⁷ CONADEP, *op. cit.*, pág. 294.

²⁸ El modelo de país cerrado; el refugio a criminales de guerra nazis; la connivencia del régimen con narcotraficantes.

²⁹ Informe Final de la Comisión de Verdad y Justicia, párrs. 1-10.

³⁰ *Ídem*, párr. 12.

³¹ *Ídem*, párr. 13.

nocidas.³² Asimismo, en la transición se halló la documentación de la actividad represiva.

Más allá de todas estas particularidades, el régimen de Stroessner formó parte activa del esquema represivo regional. El informe de la comisión reconoce 336 casos de desaparición forzada; de este total, una parte considerable (102 casos) se produjo en la ciudad de Buenos Aires, en los años del Plan Cóndor, y se contabilizan otros siete casos de ciudadanos paraguayos desaparecidos en Brasil.³³

Durante toda la dictadura se registraron casos de violencia contra la infancia, con guarismos particularmente elevados en 1976 y 1980, coincidiendo con operativos contra comunidades campesinas; el 49% del total de los casos de violencia contra la infancia se concentran en esos dos años. La violencia estatal contra niños y adolescentes se enmarcó dentro de la doctrina de la peligrosidad o situación irregular de la infancia, con la cual se buscó justificar la violencia, como emplear a los niños para detener a los adultos, u obtener de ellos información con respecto a sus mayores.³⁴

El Cóndor en acción

En la década de los setenta se instauraron en la región operaciones represivas internacionales, en el marco de una campaña contrainsurgente y bajo la consigna de la seguridad hemisférica, gráficamente denominada por Stella Calloni como «el Mercosur de la muerte».³⁵

Hay pruebas de que, en 1973 y 1974, comenzaron a ponerse en marcha los mecanismos de coordinación que alcanzarían su auge en los años siguientes. En febrero de 1974 se realizó una reunión en Buenos Aires con la participación de oficiales de Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, en lo que se reconoce como las primeras conversaciones formales con miras al establecimiento de un plan de acciones encubiertas. Ese mismo año se comenzó a tratar la idea de crear una red internacional de información anticomunista.³⁶

El 19/10/1975 comenzaron en Uruguay las maniobras militares Unitas, y al día siguiente inició sus sesiones, en Montevideo, la XI Conferencia de Ejérci-

³² *Ídem*, párr. 35.

³³ *Ídem*, párr. III.

³⁴ *Ídem*, párr. 152.

³⁵ http://imneuquen.com.ar/.../operacion-condor-fue-el-mercosur-de-la-muerte_181069; consultado el 07/12/2013.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24/02/2011, párrs. 47 y 48.

tos Americanos, con participación de jefes castrenses de quince países del continente. En ella se aprobó un documento que excluyó de los organismos hemisféricos de seguridad a los países que tenían gobiernos marxistas y quedó establecida la cooperación entre los Ejércitos para «combatir la subversión generada en la acción del marxismo y el comunismo internacional».³⁷

Muy poco después, en un documento fechado el 29/10/1975, la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) de Chile invitaba a la primera Reunión de Trabajo de Inteligencia Nacional, a desarrollarse durante el mes de noviembre del mismo año, para promover el establecimiento de «algo similar a lo que tiene INTERPOL en París, pero dedicado a la subversión» a escala regional.³⁸ La reunión se efectuó entre los días 25 y 30 de noviembre de 1975 en Santiago. Su acta de clausura —hallada tras la localización del «archivo del terror» en Lambaré, Paraguay, en el año 1992—³⁹ es el documento fundacional del Plan Cóndor, nombre que habría sido sugerido en la reunión por un oficial uruguayo.

La cooperación facilitó el desarrollo de estructuras militares paralelas, que actuaban de forma secreta y con gran autonomía.⁴⁰ Este sistema implicaba varias fases de actividad, descritas en los documentos disponibles. La primera fase suponía la creación de una base centralizada de información sobre los movimientos guerrilleros, partidos y grupos de izquierda, sindicalistas, religiosos y otros «enemigos» de los gobiernos autoritarios; dicho sistema de recolección

³⁷ «Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos...», *op. cit.*, tomo 1, pág. 82.

³⁸ «Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos...», *op. cit.*, tomo 1, pág. 286.

³⁹ En diciembre de 1992, el juez paraguayo José Fernández y el educador Martín Almada se hicieron presentes en la seccional policial de Lambaré, localidad próxima a Asunción, con el fin de buscar información sobre el propio Almada, quien había sido detenido en 1974 (después de publicar un ensayo en el que cuestionaba el carácter autoritario de la educación en Paraguay). Su esposa había muerto de un ataque cardíaco tras recibir una llamada telefónica en la que se escuchaban los gritos de Almada mientras era torturado. Por sus propios medios este se enteró, años después, de que los antecedentes de su caso se encontraban en la comisaría de Lambaré, por lo que, con discreción, solicitó judicialmente la inspección del local. En tales circunstancias hallaron miles de documentos sobre la represión en Paraguay y otros países de la región. Así, los «archivos del horror», como se conocieron desde entonces, «se han convertido —tal como ha dicho Stella Calloni, periodista argentina y aguda investigadora del Cóndor— en una pieza clave para descifrar la historia reciente de América Latina. Los archivos detallan el destino de cientos, quizá miles, de latinoamericanos secretamente secuestrados, torturados y asesinados [...]. Cuando Fernández y Almada entraron en la comisaría de Lambaré, desenterraron una montaña desordenada de amarillentos y deteriorados papeles, cartas y registros que describían las actividades de la policía y la inteligencia militar durante la dictadura de Stroessner. Una búsqueda similar, realizada pocos días después en el Cuartel General de la Policía Técnica paraguaya (contraparte del FBI estadounidense) sacó a la luz más documentos reveladores. En total, se han rescatado unas cuatro toneladas de documentación» («Los archivos del horror del Operativo Cóndor», en www.derechos.org/nizkor/doc/condor/calloni/html; consultado el 03/12/2013).

⁴⁰ Corte Interamericana, caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 49.

y circulación de datos fue un efectivo proveedor de información para varias operaciones represivas.⁴¹

La segunda fase consistía en la acción, mediante la identificación y ataque a los «enemigos políticos» a nivel regional; la mayor parte de las acciones conocidas corresponden a esta etapa.⁴²

La tercera fase, «la más problemática y la que parece haber llevado a la terminación de la operación como tal, comprendía operativos fuera de la región para encontrar y eliminar personas que se encontraban en otros países de América y Europa».⁴³ Como ejemplos de ello, en octubre de 1975 el vicepresidente de Allende, Bernardo Leighton, y su esposa sobrevivieron milagrosamente a un atentado perpetrado en Roma; en septiembre de 1976, el ex canciller de Allende, Orlando Letelier, y su secretaria, Ronni Moffitt, fueron asesinados en Washington⁴⁴ mediante la utilización de un coche bomba.⁴⁵

Las acciones conjuntas en el exterior demuestran que la coordinación fue muy sofisticada, pues contaba con entrenamientos constantes, sistemas de comunicación avanzados, centros de inteligencia y una planificación estratégica.⁴⁶

La sustracción y apropiación de niños

Las operaciones clandestinas incluyeron en muchos casos la sustracción y apropiación de niños, muchos de ellos recién nacidos o nacidos en cautiverio, los cuales, una vez ejecutados sus padres, eran entregados a familias de militares o policías.⁴⁷

⁴¹ «Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos...», *op. cit.*, pág. 287.

⁴² *Ídem.*

⁴³ *Ídem.* Con respecto al papel de Estados Unidos, se ha determinado su rol fundamental en materia de entrenamiento de las fuerzas represivas; la información desclasificada confirma que las agencias estadounidenses tenían conocimiento de la existencia del plan y que no hicieron esfuerzos por detenerlo hasta que alcanzó su tercera fase. El primer documento oficial que se refiere al Cóndor en forma explícita es un resumen semanal de la CIA, fechado el 02/06/1976 («Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos...», *op. cit.*, pág. 288).

⁴⁴ Por este caso fueron enjuiciados Michael Townley y el general Manuel Contreras, ex director de la DINA.

⁴⁵ Con anterioridad a la formalización del Plan Cóndor, el 28/09/1974 fue asesinado en Buenos Aires el general chileno Carlos Prats; el 19/12/1974 fue ajusticiado el coronel Ramón Trabal, agregado militar uruguayo en París. El 12/05/1976 resultó ejecutado a tiros el embajador boliviano en París, general Joaquín Zenteno Anaya.

⁴⁶ Corte Interamericana, caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 52.

⁴⁷ *Ídem*, párr. 60.

Al respecto, el célebre Informe Sábado detalla las alternativas del destino de los niños de las familias secuestradas: 1) eran dejados en la casa de vecinos para que estos se hicieran cargo hasta que llegara algún familiar; 2) se los derivaba a institutos de menores, que los cedían en adopción; 3) eran secuestrados para la posterior adopción por algún represor; 4) se los entregaba a familiares de la víctima, lo que en muchos casos se hizo en el mismo vehículo que transportaba a la madre; 5) quedaban librados a su suerte en el domicilio donde habían aprehendido a los padres; 6) se los trasladaba al mismo centro clandestino de detención, donde presenciaban las torturas a que eran sometidos los padres o torturados ellos mismos en presencia de estos.⁴⁸ También se conocen casos de niños abandonados en países diferentes de aquel del secuestro y desaparición de sus padres.

Con respecto a los nacimientos en cautiverio, el citado informe describe el funcionamiento de pabellones de maternidad en Campo de Mayo y en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), así como las irregularidades constatadas en algún hospital público, en el que se omitía el registro de ingreso de mujeres detenidas en estado de gravidez, y a las que, en la mayor parte de los casos, se les practicaban cesáreas; el destino de la madre y del niño se bifurcaba después, y se desconoce totalmente el lugar adonde trasladaban a los menores.⁴⁹

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte Interamericana sostuvo que «en general, la política de apoderamiento de menores de edad se llevaba a cabo en las siguientes etapas: *a*) los niños eran sustraídos del poder de sus legítimos tenedores cuando estos pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión o disidentes políticos del régimen de facto, de acuerdo con los informes de inteligencia, o eran sustraídos durante la detención clandestina de sus madres; *b*) luego eran conducidos a lugares situados dentro de dependencias de la fuerza pública o bajo su dependencia operativa; *c*) los menores sustraídos se entregaban a integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad, o a terceras personas, con el objeto [de] que estos los retuviesen y ocultasen de sus legítimos tenedores; *d*) en el marco de las apropiaciones ordenadas, y con el objeto de impedir el restablecimiento del vínculo con la familia, se suprimía su estado civil, inscribiéndolos como hijos de quienes los retuviesen u ocultasen; y, *e*) se les insertaba o hacía insertar datos falsos en constataciones y certificados de nacimiento y documentos destinados a acreditar la identidad de los menores de edad».⁵⁰

⁴⁸ CONADEP, *op. cit.*, pág. 20.

⁴⁹ CONADEP, *op. cit.*, pág. 308.

⁵⁰ Corte Interamericana, caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 62.

En cuanto a la finalidad perseguida con las sustracciones y apropiaciones ilícitas, en el mismo caso la Corte Interamericana entendió que estas podían corresponder: *a*) a una forma de tráfico para la adopción irregular de niños; *b*) a un castigo hacia sus padres o sus abuelos, por una ideología percibida como opositora al régimen; *c*) a una motivación ideológica más profunda, relacionada con la voluntad de trasladar por la fuerza a los hijos de los integrantes de los grupos opositores, para evitar, de esa manera, que los familiares de los desaparecidos se pudieran constituir en el futuro como «elementos potencialmente subversivos».⁵¹

El caso Gelman revela, en forma emblemática, la conexión de los cuerpos represivos del Cono Sur en la sustracción y apropiación de niños. El 24/08/1976 María Claudia García Iruretagoyena, de nacionalidad argentina, y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubarof, también argentino, fueron detenidos junto a otros familiares en Buenos Aires. A la fecha de su detención, María Claudia tenía diecinueve años y se hallaba en avanzado estado de gestación. Los condujeron al centro clandestino conocido como «Automotores Orletti»,⁵² en la ciudad de Buenos Aires, donde permanecieron juntos por unos días y luego fueron separados. En el mes de octubre de 2006 María Claudia García fue clandestinamente trasladada a Montevideo por autoridades uruguayas, en lo que se conoce como el «segundo vuelo».⁵³ Se tiene la certeza de que estuvo detenida en la sede del Servicio de Información en Inteligencia (SID), desde donde la llevaron al cercano Hospital Militar, donde dio a luz a una niña. Recién nacida, esta fue entregada a un jerarca policial uruguayo y su esposa, quienes la registraron como hija propia.

Su abuelo, el poeta argentino Juan Gelman, hizo múltiples gestiones para conocer la suerte de su hijo, nuera y nieta; a fines del año 1999 obtuvo información que permitió ubicar a Macarena, quien recuperó su identidad a partir del año 2005.⁵⁴

⁵¹ *Ídem*, párr. 63.

⁵² Dicho centro, alojado en un garaje, sirvió como base de las operaciones conjuntas entre militares de la región, en especial, del Río de la Plata; por allí pasaron y fueron víctimas de tortura cientos de ciudadanos argentinos, bolivianos, chilenos, paraguayos y uruguayos.

⁵³ La denominación responde a la confirmación de otro traslado anterior hacia Uruguay, de un grupo de personas detenidas en Argentina.

⁵⁴ Por sentencia del 24/02/2010, ya citada en este trabajo, la Corte Interamericana declaró por unanimidad que el Estado uruguayo es responsable por: *a*) la desaparición forzada y la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, la integridad personal y la libertad personal, en perjuicio de María Claudia García Iruretagoyena; *b*) la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad personal, la familia, el nombre, los derechos del niño y la nacionalidad, en perjuicio de Macarena Gelman García Iruretagoyena, por lo que constitu-

A modo de conclusión

El sufrimiento ante la desaparición forzada de un ser querido y el anhelo de verdad y de justicia han sido sintetizados —en términos únicos— por Elba Benítez Feliú de Goiburú, ciudadana paraguaya y esposa del Dr. Agustín Goiburú, quien se encuentra desaparecido desde su detención el 09/02/1977 en Paraná, Entre Ríos, Argentina: «El drama del detenido desaparecido es el peor de los dramas —ha dicho Benítez Feliú—. He perdido al compañero. Ese dolor me ha producido una paralización total. Sola, sin saber qué camino tomar y qué decir [...]. Es un dolor tan grande que se convierte en una amputación [...]. Hoy la herida sigue abierta y no se va a curar mientras no haya justicia y castigo a los culpables de la desaparición. La desaparición del compañero es sentida por la mujer de una manera especial, porque, por un lado, hay que alentar a los hijos para que sigan la senda del padre, que murió consciente de su responsabilidad por la familia, por la Patria y para las generaciones futuras; y, por el otro, los hijos también quedan heridos por un inmenso dolor, porque desapareció el padre cariñoso que se dedicó a ellos. La muerte de un idealista causa una pena profunda».⁵⁵

En Argentina, la admirable tarea de las Abuelas ha permitido la recuperación de su identidad a ciento nueve jóvenes; en Uruguay, Macarena Gelman y otros jóvenes también la han reencontrado. No obstante, todavía quedan en la región cientos de casos de personas que viven bajo una identidad que no es la suya.

Los antiguos romanos afirmaban que la verdad es hija del tiempo (*veritas filia tempore est*); algo similar ha dicho Eduardo J. Couture, en sus célebres Mandamientos del Abogado: «Ten paciencia. El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su consentimiento».

Aun reconociendo el acierto de estos aforismos —en cuanto principios éticos absolutos—, resulta indispensable recordar que la verdad y la justicia, junto con sus sanadores efectos, solo son posibles a partir de la memoria y merced a un esfuerzo colectivo y permanente.

yó una forma de desaparición forzada desde su nacimiento hasta que recuperó su verdadera identidad; c) la violación de los derechos a la integridad personal y la protección de la familia, en perjuicio de Juan Gelman, y d) la violación de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, por la falta de investigación efectiva de los hechos, en perjuicio de Juan Gelman y Macarena Gelman.

⁵⁵ Olga CABALLERO AQUINO, *Por orden superior. Testimonios de mujeres víctimas de la dictadura. Paraguay 1954-1989*, Asunción: Servilibro, 2003, pág. 31.

La desaparición forzada de niños en Argentina a través de la sustitución de su identidad

Luciano A. Hazan

La desaparición forzada de niños en el marco del plan sistemático de eliminación de opositores políticos

El objetivo de este trabajo es el de describir la metodología utilizada por la dictadura cívico-militar en Argentina para la desaparición sistemática de niños y plantear algunas lecciones que han dejado su búsqueda, así como la lucha asumida por sus familiares para lograr la sanción penal de los responsables.

La dictadura que asumió el gobierno en Argentina entre 1976 y 1983 llevó a cabo un plan sistemático de exterminio de opositores políticos y de delegados gremiales, que se ejecutó fuera de la ley y en la más absoluta clandestinidad, y que generalizó la desaparición forzada de personas en centros clandestinos de detención como método para: 1) obtener información del detenido a través de la tortura y así lograr nuevas detenciones ilegales; y 2) asesinar a la persona detenida sin devolver el cuerpo a sus familiares, como forma de disciplinar a la sociedad a través del terror, de evitar dar explicaciones sobre sus acciones y, por lo tanto, procurarse impunidad.

La reconstrucción histórica de estos hechos, en buena medida completada a partir de la reapertura de las causas penales en la última década, permite concluir también que una de las finalidades principales de la represión ilegal a través del método de las desapariciones forzadas fue eminentemente económica: desarticular el estado de bienestar presente desde la década de 1940 e imponer un sistema económico liberal conservador. Y para ello el Gobierno de facto decidió eliminar a los delegados gremiales y sindicalistas opositores, así como a toda otra persona crítica del régimen, como estudiantes, periodistas, activistas de derechos humanos y militantes políticos.¹

¹ En los últimos años, el proceso de enjuiciamiento de los responsables de desapariciones forzadas y otros crímenes contra la humanidad en Argentina ha derivado en la investigación y persecución penal de empresarios que promovieron las desapariciones de trabajadores de sus compañías y participaron en ellas, así como de funcionarios civiles del Gobierno y autoridades del sistema judicial.

Estos hechos fueron juzgados por la justicia argentina por primera vez en 1985 en la denominada causa número 13, también conocida como el Juicio a las Juntas Militares, en el que se condenó a los integrantes de las tres primeras Juntas que ejercieron el poder de facto en el periodo mencionado.

La gran mayoría de las personas detenidas-desaparecidas eran jóvenes en edad de tener familia, lo que generó que muchos de ellos fueran secuestrados en presencia de sus hijos o que las fuerzas armadas directamente se llevaran a los niños junto con sus padres, en particular cuando los niños eran muy chicos. En muchos casos, las mujeres se encontraban embarazadas en el momento de ser secuestradas. Esta situación se le presentó a la dictadura como una cuestión que debía resolver, la denominada «cuestión de los niños». La decisión tomada por las autoridades militares fue la de no devolver a estos niños a sus familias, que los buscaban tanto a ellos como a sus padres, sino entregarlos a los mismos ejecutores del plan represivo o a sus allegados.

Según se pudo comprobar, el Ejército exigía que aquellas personas que se quedaran con los niños compartieran el perfil ideológico de la dictadura. De acuerdo con testimonios recogidos por la justicia, uno de los objetivos explícitos era el de evitar que esos niños se criaran con las mismas familias que habían criado a sus padres, para evitar que se convirtieran en los «subversivos» (según la definición que les daban a los opositores) del futuro.

La situación derivó en la puesta en marcha de un plan sistemático y extendido de desaparición de niños, que alcanzó una cifra aproximada de 500 víctimas. Ciento diez de ellos fueron localizados por sus familiares, en particular a partir del trabajo que ha realizado la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, agrupación de los familiares que buscan a esos niños desde su organización en 1977, en plena dictadura militar.

Entre 2011 y 2012 tuvo lugar un juicio de gran relevancia por los casos de 35 de estos niños, en el que el Tribunal Oral Criminal Federal núm. 6 de la ciudad de Buenos Aires condenó a varios miembros de las cúpulas militares, además de a algunos ejecutores directos de los hechos, como responsables de haber ejecutado este plan sistemático y generalizado.

La acreditación de la práctica sistemática y generalizada de desaparición de niños

La acusación en ese juicio buscaba probar el carácter generalizado y sistemático de la desaparición de niños —es decir, la existencia de una planificación— por dos motivos jurídicos, más allá del valor que en sí mismo tiene el conocimien-

to de la verdad. El primero de esos motivos era categorizar estas desapariciones como crímenes contra la humanidad y, por lo tanto, imprescriptibles. El segundo, poder imputar no solo a los autores directos de las apropiaciones-desapariciones,² como se había hecho hasta ese momento, sino también a quienes comandaban las fuerzas militares que las habían organizado. En este apartado se resumirán las pruebas que se pudieron reunir durante el juicio con el objeto de demostrar dicho carácter sistemático.

Sin duda uno de los elementos para inferir el carácter sistemático de la práctica de la desaparición fue su generalización, además de constituir un crimen contra la humanidad. De los aproximadamente 500 niños —hoy jóvenes de más de treinta años— que se buscan, en el juicio se probaron 35 casos, la mayoría de ellos ya encontrados por sus familias y cuyas identidades ya se han restituido.

La hipótesis planteada por la querrela de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo al alegar en el juicio era que en el primer semestre de 1977 se consolidó la institucionalización de una práctica que ya era relevante en términos cuantitativos, y que había sido contemplada y tolerada por los comandantes desde el inicio del terrorismo de Estado. No es que no existieran casos de sustracción de niños con anterioridad a la fecha, sino que esa práctica que se venía llevando a cabo desde principios de la represión comenzó a ser ordenada y vehiculizada por los canales institucionales correspondientes para esta época.

La instalación de maternidades clandestinas y la existencia de órdenes verbales y escritas

La principal evidencia de la planificación fue la instalación de auténticas maternidades clandestinas en distintos centros de detención ilegal en el país. La logística que ello implicó demostró además que en las esferas más altas de la dictadura se dieron directivas sobre cómo proceder con las mujeres embarazadas desaparecidas y sus hijos.

La facultad que tenían los cuadros medios e inferiores para adaptar las órdenes dictadas desde la cúspide para ejecutarlas en el territorio explica la

² El artículo 25 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas se refiere a esta situación como «apropiación de niños sometidos a desaparición forzada». El término «apropiación» se ha utilizado como una manera de simplificar en el lenguaje lego la desaparición forzada de niños mediante la sustitución de sus identidades como forma de ocultar su paradero. El término se popularizó —y llegó inclusive al texto convencional— a pesar de las críticas por parte de la Academia sobre la mención de los niños como propiedad.

existencia de distintas formas de apropiarse de los bebés nacidos en cautiverio. La orden emanada desde las Juntas Militares apuntaba a evitar que los niños fueran entregados a sus familiares, precisamente para evitar revelar información sobre el paradero de sus madres. Pero la forma concreta en que se ejecutó esta directiva puede verse como algo librado a la decisión de los subalternos, autorizados a adaptar las órdenes a las necesidades de ejecución en su territorio. Y la existencia de cada una de esas directivas prueba la existencia del plan.

Un notable ejemplo concreto de la ejecución de esa orden lo constituye la instalación de la maternidad clandestina que funcionó en el Hospital Militar de Campo de Mayo, predio del Ejército donde funcionó además uno de los centros clandestinos de detención y tortura más masivos, conocido como «El Campito». El médico militar Julio César Caserotto, quien se desempeñó entre 1977 y 1983 como jefe del Servicio de Obstetricia en este Hospital, declaró durante la investigación de este proceso que recibió órdenes verbales y luego escritas, plasmadas en una directiva denominada Procedimiento Operativo Normal, que indicaban cómo debía proceder con las mujeres embarazadas llevadas por el personal de inteligencia. Según relató, estas órdenes provenían de la dirección del hospital y se habían dictado de acuerdo con los procedimientos orgánicamente establecidos. Este hecho sucedió hacia mediados del año 1977.

En su primera declaración, producida el 19 de febrero de 1998 durante la etapa de recolección de pruebas, Caserotto dijo que «en el Hospital Militar de Campo de Mayo, sector de Maternidad, durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional,³ existieron órdenes verbales y escritas por la superioridad para que en el lugar se asistiera a las parturientas traídas por personal de Inteligencia. Que supo que los grupos de tareas eran integrados por gente de otras fuerzas, además del Ejército. Que no reconoció nunca a las personas que integraban aquellos grupos, ya que venían con pelo largo, zapatillas y no parecían de alguna fuerza». El médico militar recordó que recibió personalmente al grupo de tareas una vez, en tanto que las demás veces fue recibido por personal de guardia. Y agregó que «las órdenes escritas estaban tituladas Plan de Operaciones Normales para con el Personal de Inteligencia, firmada por el director del Hospital». Agregó que «fue el Dr. Posse —director el hospital militar— quien le impartió la orden verbal y escrita de asistir y no registrar a las pacientes que ingresaban al Hospital traídas por personal de inteligencia». Caserotto puntua-

³ La propia dictadura militar se autodenominó «Proceso de Reorganización Nacional».

lizó que «la orden era asistir a los partos y no registrar a las parturientas ni los nacimientos». Cuando se le preguntó por el destino de esas parturientas y de los niños, respondió que se dirigía «al despacho del director del Hospital y le mencionaba que la paciente estaba en condiciones de recibir el alta» y él se desligaba de la cuestión, pero que al otro día ni la parturienta ni el recién nacido estaban en el lugar.

De acuerdo con lo que se probó en el juicio, esta orden se cumplió efectivamente. A mediados de 1977, el sector Epidemiología del Hospital Militar de Campo de Mayo fue destinado a la reclusión de mujeres embarazadas secuestradas, provenientes tanto de «El Campito» como de otros centros clandestinos de detención, como el «Vesubio» o «Sheraton».

Es importante destacar la existencia de una orden expresa, transmitida orgánicamente desde la dirección del Hospital Militar de Campo de Mayo, sobre cómo proceder con las mujeres embarazadas llevadas por el personal de inteligencia, que cumplió un rol clave en la represión ilegal. Esta orden tuvo lugar a mediados de 1977, lo que resulta temporalmente coincidente con la creación de la habitación de las embarazadas en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA).

Justamente, se ha podido reconstruir que en otros centros clandestinos de detención hubo directivas similares a las de la ESMA. Según dijo en su declaración indagatoria el médico naval Jorge Luis Magnacco, a fines de 1976 su jefe en el Hospital Naval le notificó que de allí en adelante debería ir a la ESMA a atender mujeres embarazadas. En efecto, en los meses inmediatamente posteriores comenzaron a producirse partos en la ESMA, y para mediados del año 1977 se dispuso la creación de la llamada «pieza de las embarazadas», una verdadera maternidad clandestina llamada por los militares «La Sardá por izquierda».⁴ Allí llevaron a mujeres que estaban dispersas en diversos sectores de la ESMA o en dependencias de la Marina en distintos lugares del país —primordialmente en la ciudad de Mar del Plata— y otras a las que trasladaban desde diferentes centros clandestinos del Ejército o de la Fuerza Aérea para que dieran a luz. También para esta fecha se sistematizó la atención de los partos y la entrega de los bebés nacidos en cautiverio, tarea que estaba a cargo del prefecto Héctor Febres y de Carlos Galián, conocido por el relato de los supervivientes como «Pedro Bolita».

⁴ La Sardá era la maternidad más importante de la ciudad de Buenos Aires.

La entrega a familias consustanciadas con el terrorismo de Estado

Jorge Noguer se desempeñó en la Marina desde 1947 hasta 1967, y se retiró con el cargo de teniente de fragata, lo que no obstó para que el 3 de junio de 1976 secuestraran a su hija María Fernanda Noguer junto a su nieta Lucía Villagra, en Acasusso, al norte de la provincia de Buenos Aires. Su hermano, el coronel José María Noguer, en ese momento era intendente del partido de San Isidro (al norte de la ciudad de Buenos Aires) y había sido compañero de promoción del general Santiago Omar Riveros, comandante de Institutos Militares en Campo de Mayo, y uno de los hombres fuertes del gobierno militar. Esa relación le permitió a Jorge Noguer entrevistarse con Riveros para tratar de localizar a su hija y a su nieta. Riveros designó al coronel Hernán Tetzlaff para que lo ayudara a reconstruir el operativo en que se las habían llevado. Al brindar testimonio en la etapa previa al juicio, Noguer declaró que Tetzlaff formaba parte del grupo de inteligencia y era el jefe de la zona de San Isidro, Boulogne y Tigre, y trabajaba en forma conjunta con el batallón de Inteligencia de Campo de Mayo.

En su declaración, Noguer relató que, antes de que pasaran quince días desde la desaparición, Tetzlaff se presentó repentinamente en su casa acompañado por su esposa, una niña respecto de la cual afirmó que era su hija, una niñera y la suegra. Esa niña era en realidad Victoria Montenegro, apropiada por el coronel tras asesinar a sus padres en un operativo. El propio Tetzlaff confesó esta situación ante Noguer. Entonces, el marino retirado decidió ir a ver nuevamente a Riveros para preguntarle si no había la posibilidad de que su nieta hubiera sido entregada a otro matrimonio como el de Tetzlaff y su mujer. Riveros le dijo que con su nieta no había pasado eso, pero le indicó que «esas eran normas para evitar que los hijos de zurdos cayeran en hogares que no estuvieran bien constituidos ideológicamente, e hizo mención de toda una estructura que existía dentro de las fuerzas para apropiarse de los hijos menores de matrimonios zurdos y colocarlos en familias bien constituidas con el único fin de enderezarlos».

La propia Victoria Montenegro, quien recuperó su identidad tras ser hallada por las Abuelas de Plaza de Mayo a través de un complejo proceso judicial, relató en el juicio otros dichos de su apropiador Tetzlaff que ratifican la existencia de un plan. Así, dijo que recordaba que una vez, en un asado con sus subalternos en el que Tetzlaff estaba contando detalles de los operativos que había realizado durante la dictadura —cosa que, según explicó Victoria, hacía habitualmente—, un oficial más joven que Tetzlaff preguntó «por qué desaparecieron 30.000 y no 31.000 —en referencia a los hijos—, y así nos deja-

ban limpio el camino». La respuesta del superior fue que «eran cristianos y que podían recuperar a los chicos».

Entre los hechos que dan cuenta de este plan sistemático se puede mencionar el relato aportado a la instrucción de la causa por la declaración de Emilio Fermín Mignone, ex vicepresidente de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) y fundador del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). En su testimonio, Mignone declaró en primer lugar que, mientras buscaba a su hija desaparecida, en 1978, mantuvo una reunión con el general Baquero, quien se había desempeñado como segundo comandante del III Cuerpo del Ejército, en Córdoba, y para la fecha de la reunión era director del Colegio Militar de la Nación. Mignone conocía a Baquero desde 1972, época en la que él mismo se había desempeñado como subsecretario de Educación de la Nación. Concretamente, Mignone recordó un comentario de Baquero: «Un problema que tenemos que enfrentar es el de los hijos de los subversivos, para evitar que se críen con odio hacia las instituciones militares».

Mignone evocó que, también en el año 1978, supo que al dirigente Mario Amadeo le habían ofrecido un cargo como experto en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Mignone consideraba a Amadeo una persona «muy ética, de concepción católica y nacionalista, religioso, muy respetado y honesto». El ofrecimiento contaba con el aval del Gobierno de facto, presidido entonces por Jorge Videla. Así pues, acompañado por Augusto Conte, otro dirigente del CELS, Mignone se dirigió a la casa de Amadeo a reprocharle que aceptara esa designación, y le pidió que se interiorizara sobre la situación de desaparición de personas y que recibiera a quienes en ese momento se estaban constituyendo como las Abuelas de Plaza de Mayo. Esa reunión se concretó, y Mignone supo que Amadeo quedó conmocionado por el relato de esas mujeres sobre la desaparición de sus hijas embarazadas y de sus nietos. Según el testimonio de Mignone, «Amadeo se entrevistó con el secretario legal y técnico de la presidencia, el coronel auditor Cerdá, en lugar de ser recibido por Videla. Que Amadeo planteó ante Cerdá la cuestión referida a los menores, ante lo cual Cerdá, siempre según los dichos de Amadeo, tomó distancia diciendo que era una cuestión sobre la que había resuelto la Junta Militar. Que Amadeo le dijo al dicente que, según el mismo Cerdá, lamentablemente se ha aprobado a nivel de la Junta Militar una doctrina mediante la cual los hijos de los subversivos no deben ser educados con odio hacia las instituciones militares. Que por ello se entregaban los chicos en adopción. Que no pudo llegar a conocer el destino específico que, según aquellos dichos, tendrían los menores».

El mismo concepto fue ratificado en una entrevista periodística a Ramón Camps, un general que fue el jefe de la Policía de la provincia de Buenos Aires

durante la dictadura y, desde ese puesto, el jefe de la represión en esa jurisdicción. En un reportaje realizado por el periodista Santiago Aroca, publicado en la revista *Tiempo*, de Madrid, el 7 de noviembre de 1983, y tras asumir su responsabilidad por la desaparición de 5.000 personas, a quienes dio por muertas, Camps afirmó: «Personalmente no eliminé a ningún niño. Lo que hice fue entregar a algunos de ellos a organismos de beneficencia para que les encontrasen nuevos padres. Los padres subversivos educan a sus hijos para la subversión. Eso hay que impedirlo».

Metodología para la entrega de los bebés

Durante el juicio se pudo comprobar además que existieron mecanismos precisos para la entrega de estos bebés a sus apropiadores, en los que se exigían ciertos requisitos e intervenían distintas instituciones, como el Movimiento Familiar Cristiano o miembros de la Iglesia, y se ejercía un control jerárquico dentro de la misma estructura militar. Ello surgió especialmente de los testimonios de dos de los niños que recuperaron su identidad, Pedro Sandoval Fontana y Catalina De Sanctis Ovando. Ambos relataron haber obtenido información sobre la elaboración de sendos informes sobre sus apropiadores antes de que las autoridades militares decidieran entregarlos. Esto refleja un mecanismo complejo, burocrático, con intervención de distintas instituciones, que evidencia el nivel de sofisticación al que llegó la planificación.

Pedro relató que, una vez que finalizó el juicio oral en el que se condenó a Víctor Rei por su apropiación,⁵ y tras haber insistido en numerosas ocasiones, consiguió recibir información sobre su origen por parte de Alicia Artech, su apropiadora. Ella le contó que la citaron junto a Rei «en el Regimiento de Patricios, el Maldonadito, y le hicieron un ambiental».⁶ Según sus propias palabras, en el debate les dijeron que quienes se quedaran con el niño «tenían que ser de la fuerza o amigo de la fuerza, tenías que tener casa propia, ser católico».

Este relato coincide con la información que obtuvo Catalina De Sanctis Ovando, hija de Raúl René De Sanctis y de Miryam Ovando, desaparecida el 1 de abril de 1977 con un embarazo de 6 meses. Catalina declaró también en el juicio oral, y pudo reconstruir parte del proceso de su desaparición for-

⁵ Se trata de un juicio oral realizado en 2009, también ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 6.

⁶ El Regimiento de Patricios es la sede del I Cuerpo del Ejército y «el ambiental» se refiere al denominado «informe ambiental», práctica de origen forense que tiende a describir el contexto en el que una persona vive.

zada a partir de una carta que encontró en el domicilio de sus apropiadores (y que luego fue requisada en un allanamiento realizado en el marco de la causa judicial por su apropiación), y de lo que estos mismos le dijeron después de que recuperara su identidad. La carta había sido enviada por su apropiadora a su marido durante un destino militar en Tucumán, al noroeste del país, y fue fechada el 7 de abril de 1977. Carlos Hidalgo Garzón, su apropiador, era un oficial del área de inteligencia del Ejército. En la carta se decía lo siguiente:

Del Liceo hablé con el coronel y me dijo que parece que se hace el llamado nomás, me dijo que fuera por Liceo luego de Semana Santa para ya llenar la solicitud. Me atendió muy amable y se recordó [*sic*] en seguida, se ve que tiene presente el caso, veremos qué pasa.

Un párrafo después, sigue de la siguiente forma:

Vino la asistente del movimiento, quedé encantada con el departamento. Conversamos mucho, y me explicó que ella hace 7 años que trabaja en el mov y nunca vio que entregaran niños con problemas de salud o malformaciones, que son muy sanitos y que a ella le llamaba la atención lo normal que son los partos. Luego te contaré en detalle la conversación.

De los casos de las hijas de María Teresa Trotta y de Rosa Luján Taranto, ambas mujeres desaparecidas en el centro clandestino de detención denominado «El Vesubio», se pudo probar que una institución de laicos denominada Movimiento Familiar Cristiano, vinculada a la Iglesia Católica, intervino como intermediaria entre las fuerzas armadas y las familias que las adoptaron.⁷ Este contexto permite inferir que el «movimiento» que se menciona en la carta es el Movimiento Familiar Cristiano. De hecho, se ha probado que tanto Catalina como Milagros y Belén —estas últimas hijas de María Teresa Trotta y Rosa Luján Taranto, respectivamente— nacieron en partos clandestinos ocurridos en el Hospital Militar de Campo de Mayo.

La carta da cuenta de una reunión con una asistente social del «movimiento» que, de acuerdo con el relato de la apropiadora, María Francisca Morillo, le presta atención al departamento en el que vivían y responde a las inquietudes de la entrevistada sobre la salud de los bebés. El interés por el departamento coincide con la versión que Alicia Artech le da a Pedro. Es decir, que en

⁷ En estos casos medió un proceso judicial de adopción que buscó dar legitimidad a la desaparición forzada de las niñas nacidas en cautiverio.

estos informes ambientales controlaban que los potenciales apropiadores no solo fueran católicos y miembros de las fuerzas armadas o de seguridad o allegados a ellas, sino que además tuvieran una vivienda propia.

Una vez conocido el resultado del peritaje genético que permitió identificar a Catalina, Morillo también le dijo que habían querido llevar a cabo un proceso judicial de adopción, pero que no se lo habían permitido, que un superior les ordenó que la tenían que inscribir como hija propia. Esta orden demuestra, al menos en este caso, el control que existía en la estructura militar sobre el procedimiento para apropiarse de la niña.

*La coordinación entre distintas estructuras del Ejército.
El reconocimiento del carcelero*

La información que recibió Pedro coincide con la que se desprende del legajo personal de un comandante principal de la Gendarmería Nacional, Darío Alberto Correa. De ese documento surge que Correa estaba a cargo de las embarazadas detenidas clandestinamente en la Prisión Militar de Encausados «Campo de Mayo», la cual, si bien se encontraba dentro de la guarnición militar de Campo de Mayo, en la zona norte de la provincia de Buenos Aires dependía del I Cuerpo del Ejército con asiento en Palermo (un barrio en la ciudad de Buenos Aires), y que eran trasladadas a parir al Hospital Militar de Campo de Mayo, que dependía del IV Cuerpo.

El mismo Correa, fallecido antes del juicio, describió su participación en el plan represivo en el marco de una actuación administrativa del año 1987, incorporada a su legajo bajo el título «Actividades cumplidas en el medio castrense». El relato aparece en una historia clínica, fechada en Catamarca el 29 de julio de 1987, en la que se explicita —siendo él mismo la fuente— que tuvo a su cargo la «atención de parturientas detenidas, sus hijos y posterior entrega de los mismos [*sic*] a personas seleccionadas por las autoridades responsables incluyendo el posterior traslado de las madres a lugares secretos para su entrega a los responsables de su eliminación final».

La prueba a través de los intercambios diplomáticos

Otro elemento que da cuenta de la existencia de este plan es el memorándum redactado en 1982 por Elliot Abrams, funcionario del Departamento de Estado de Estados Unidos, tras entrevistarse con el embajador argentino en Washing-

ton. Abrams dependía directamente del secretario de Estado y, tal como relató en la audiencia de juicio, su oficina seguía con atención lo que sucedía con los derechos humanos en Argentina, por lo que recibía informaciones de organismos de derechos humanos y familiares de víctimas, entre otros. Paralelamente, Abrams y su equipo mantenían reuniones con funcionarios argentinos, donde trasladaba las inquietudes del Departamento de Estado en esta materia.

Durante el debate relató una reunión con el embajador argentino en Washington, Lucio García del Solar, tras la cual redactó un memorándum confidencial para su jefe, el secretario de Estado. Allí informaba que había tratado dos asuntos con el embajador argentino. El primero, denominado de la «certificación», se refería a una suerte de reconocimiento por parte de Estados Unidos sobre avances en materia de derechos humanos en la Argentina, que García del Solar trataba de obtener. El segundo asunto tratado en la reunión fue específicamente el de los niños desaparecidos. Abrams declaró: «Le pregunté al embajador el tema de los niños en este contexto, los niños nacidos de prisioneras o los arrancados de sus familias durante la guerra sucia. Si bien los desaparecidos estaban muertos, estos niños estaban vivos y en un sentido esto era el problema humanitario más grave. El embajador acordaba en un todo y ya le había mencionado este punto a su ministro de Relaciones Exteriores y al presidente. No habían rechazado su punto de vista, pero señalaron el problema de, por ejemplo, sacarles los niños a los padres adoptivos. Sugerí que el problema podía ser derivado a la Iglesia o una comisión que incluyera a la Iglesia, médicos, etc. Toda acción con respecto a esos niños tendría un contenido humanitario y político enorme. Nuevamente el embajador dijo que estaba totalmente de acuerdo y que mencionaría el tema nuevamente en su capital».

Cabe insistir en la confidencialidad de este documento. Según dijo Abrams, esa clasificación respondía a que en la reunión se habían tratado temas sensibles, por lo que su conocimiento estaba reservado al secretario de Estado. El documento fue desclasificado parcialmente por Estados Unidos en el año 2002 y en forma completa durante el desarrollo del juicio oral, y de él se puede extraer una serie de conclusiones. En primer lugar, refleja el pleno conocimiento del presidente de facto, en ese momento el general Raynaldo Bignone, sobre la apropiación de niños, dado que García del Solar mencionó haber tratado el tema con él. Pero principalmente deja ver que Bignone conocía el destino de esos niños apropiados. En 1982, momento en el que tuvo lugar el contacto diplomático, no existía aún la posibilidad científica de identificar a los niños apropiados por medio de análisis de histocompatibilidad o ADN, lo que fue posible recién en 1984. Frente al planteo de Abrams de encontrar una solución para estos casos, la respuesta de García del Solar fue que el problema que ad-

vertía Bignone era que no era posible sacarles los niños «a los padres adoptivos». Es decir, no respondió que no podían hacer nada por desconocer su paradero, sino que tácitamente deja ver que la dictadura sabía muy bien quién tenía a esos niños.

La búsqueda de las Abuelas frente a los escollos jurídicos

Estos sucesos que ponen en evidencia la desaparición forzada de niños implicaron también la desaparición forzada de sus madres, en su gran mayoría embarazadas, otro grupo vulnerable tomado especialmente en cuenta en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Pero además, y tal como lo establece el artículo 24 de ese cuerpo convencional, las abuelas de esos niños —así como el resto de sus familiares, que los han buscado incansablemente— también resultan ser víctimas de estos crímenes. Muchas de ellas fallecieron sin encontrar a sus nietos, y otras aún los siguen buscando.

La desaparición de niños no se incluyó dentro de las leyes de amnistía sancionadas por el Congreso argentino tras el juicio a las juntas militares.⁸ Por eso, en la década de los noventa se realizaron varios juicios contra los ejecutores directos de las desapariciones de niños, es decir, contra aquellas personas que se quedaron con los niños y los criaron como si fueran propios alterando su identidad a partir de la falsificación de distintos documentos. En esos juicios los tribunales aplicaron penas muy bajas, algunas de ellas inclusive de ejecución en suspenso, es decir, que los condenados no fueron a la cárcel.

Estos casos pusieron en evidencia dos cuestiones importantes que se han de tener presentes en la problemática de la desaparición de niños. En primer lugar, la justicia había aceptado las alegaciones de las Fuerzas Armadas, según las cuales no había que «molestar» a esos niños, cuyos padres «estaban muertos» (aunque en la mayoría de los casos no se habían hallado sus cuerpos) y que ahora ya tenían una «familia» para que los criara. Los acusados argumentaban además que les habían salvado la vida.

En segundo lugar, quedó demostrado que los tipos previstos en la legislación penal de ninguna manera habían contemplado la gravedad de los hechos

⁸ Conocidas como leyes de obediencia debida y de punto final, de 1987, fueron derogadas y declaradas nulas por el Congreso Nacional dieciséis años después. Decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en 2005 en el caso «Simón», en el que se acusaba a dos militares que ya habían sido condenados por la sustracción de una niña, por la desaparición forzada de sus padres.

ocurridos. Ausente de la legislación el delito de desaparición forzada, se les ha imputado a los acusados los delitos de sustracción, retención y ocultación de menores de diez años, la supresión de su estado civil y la falsificación de sus documentos.

Las Abuelas de Plaza de Mayo lucharon para hacer entender a la sociedad y al sistema de administración de justicia que esos niños cuyos padres habían sido asesinados tenían abuelos, tíos y hermanos que los estaban buscando, no se trataba de niños abandonados. Fue una dura pelea cultural. Las Abuelas también denunciaron los hechos desde un comienzo en distintos ámbitos internacionales de protección de los derechos humanos.

Así fue como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se hizo eco a través del informe que encargó al prestigioso jurista Theo Van Boven y que fue aprobado en su 39.º periodo de sesiones, en agosto de 1988, tras su visita a la Argentina. Según el informe, el juicio a las juntas ya había proporcionado a la población argentina y al mundo «pruebas precisas y concordantes de la existencia de un aparato represivo dirigido desde la cúpula militar y destinado a eliminar sistemáticamente no solo a los miembros de organizaciones armadas, sino a buena parte de la oposición y a los familiares y parientes de todos ellos en tanto pudieran constituir un posible germen de continuidad de dicha oposición. Eliminar desde la raíz cierto tipo de oposición existente en Argentina fue el objetivo que dio forma a una actividad represiva de naturaleza genocida, basada en las ideas políticas de las víctimas o en las de sus familias o parientes cercanos. Las desapariciones de niños de muy corta edad y de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres se inscriben dentro de este contexto. Los hijos de “subversivos” no debían volver a sus familias porque habrían podido formarse dentro del mismo cuadro moral y político que había llevado a sus padres a la “subversión”. En consecuencia, era preciso “cederlos” a otras personas que les ofrecieran un medio acorde con la ideología de los opresores».º Van Boven también había tomado en cuenta para su trabajo los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, que daban cuenta de las denuncias, gestiones y peticiones realizadas por las Abuelas en la búsqueda de los niños.º

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dedicó parte de su informe anual de los años 1987 y 1988 sobre Argentina para denunciar las apropiaciones de niños en Argentina, y reclamar la solidaridad del resto de los países del continente. En dicho informe la CIDH puso de ma-

º Párrafos 14 y 15 del informe.

º Véase, por ejemplo, el informe E/CN.4/1492, párrafos 38 a 43.

nifiesto algunos de los «centenares» de casos que habían llegado a su conocimiento e inclusive hizo recomendaciones a los países miembros de la OEA: sugirió que se aumentaran las penas para los delitos de sustracción de menores y de supresión y suposición del estado civil, y que se creara una figura agravada para aquellos casos en los que la apropiación se realizara al amparo de la desaparición forzada de los padres de los niños. Al mismo tiempo, sugería reformas procesales que permitieran a los Estados el uso de los aportes de la genética en la identificación de los chicos, así como recomendaba la agilización de las acciones de filiación y que se autorizara a los jueces a tomar medidas preventivas para evitar la fuga de personas para evitar la acción de la justicia y la restitución de los niños a sus familias, como en los casos de apropiadores que se fugaron a Paraguay.

En 1987 ya se había creado el Banco Nacional de Datos Genéticos, en el que se diseñó una base de datos con la información genética de todas las familias que buscaban a los niños. De esa manera podría compararse con dicha información el ADN de algún niño de quien se sospechara que podría ser alguno de los buscados. Varios años después, en 1994, finalmente se sancionó una ley que agravó las penas para los delitos antes mencionados, aunque no se avanzó en la tipificación del delito de desaparición forzada.¹¹

Con el paso del tiempo, los responsables de las desapariciones de los niños comenzaron a pedir que cesara su persecución penal aduciendo que la acción penal se encontraba prescrita. Frente a esos planteos, en una primera instancia los jueces evitaron declarar si se trataba o no de una desaparición forzada, lo que podría hacer a la acción imprescriptible por tratarse de un delito contra la humanidad, dada su ocurrencia generalizada y sistemática. Para solucionar los casos, eligieron centrarse en el carácter continuado del delito de retención y ocultación de los niños, por lo cual la prescripción debería comenzar a contarse desde el cese del delito.

El problema que siguió fue el de los delitos de consumación instantánea que se imputaban, como la sustracción de los niños y las falsificaciones documentales. Esto llevó a que se comenzara nuevamente a discutir si se podían tipificar como parte de una desaparición forzada. La calificación de crimen de lesa humanidad que mereció el asesinato del general Carlos Prats en Argentina —por haber sido parte de una asociación ilícita organizada por los servicios de inteligencia chilenos durante la dictadura de Pinochet— abrió las puertas a

¹¹ La motivación política de la reforma legal, sin embargo, no estuvo centrada en los casos de niños desaparecidos durante la dictadura, sino en delitos comunes de sustracción de niños que habían tenido repercusión pública.

esta interpretación en el caso «Arancibia Clavel», decidido también por la Corte Suprema.

En aquellos casos en que los niños habían recuperado su identidad y, por lo tanto, el delito había cesado, se presentó el problema de si debía aplicarse la ley penal antigua, con penas más bajas, o la nueva, con penas más severas y con un régimen de prescripción más prolongado. La Corte Suprema terminó aceptando la segunda opción en el importante precedente «Jofré», de 2004.

Más tarde, en el caso «Prieto» (2009), parte de la Corte Suprema reconoció en un *óbiter dictum* que, en el derecho penal internacional, esos delitos se encuadraban como desapariciones forzadas y que, como crímenes contra la humanidad, las acciones resultaban imprescriptibles. Muchos tribunales inferiores han sostenido este argumento en numerosos casos.

La pregunta sobre la ley aplicable cuando suceden reformas legales es de gran trascendencia en virtud de las obligaciones de los Estados que emanan de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y que les exige que se cree de manera autónoma y con penas severas el delito de desaparición forzada.¹² ¿Podría aplicarse en un Estado un nuevo tipo de desaparición forzada aunque el delito se hubiese comenzado a ejecutar con anterioridad? Si los tribunales de los Estados siguieran el criterio de la Corte Suprema de Argentina en el caso «Jofré», la respuesta podría ser afirmativa.¹³

Otro de los problemas jurídicos de mayor entidad que surgieron en el marco de la búsqueda de los niños fue el de su consentimiento para prestarse a la extracción de sangre a fin de obtener ADN. La Corte Suprema sostuvo que, mientras los niños fueran menores de edad, no podían oponerse. Pero, en el caso «Vázquez Ferrá», el máximo tribunal del país sostuvo que obligarlos a sacarse sangre cuando hubieran cumplido la mayoría de edad implicaba violar sus derechos fundamentales, y asentó su decisión en el derecho a la privacidad. Esta decisión fue denunciada por las Abuelas de Plaza de Mayo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Algunos jóvenes planteaban ante la justicia que su derecho a la identidad implicaba que se debía respetar su decisión de preferir no conocerla. La otra cara de la moneda era el derecho a conocer la verdad de las familias biológicas de esos niños, que los buscaban desde hacía más de treinta años.

¹² Además de ello, se exigen plazos de prescripción prolongados y el establecimiento de distintas formas de participación criminal.

¹³ Por supuesto, quedaría el problema del denominado principio de congruencia, vinculado al derecho a la defensa de los imputados, sobre el que no podemos explayarnos en esta oportunidad.

Finalmente, el problema comenzó a zanjarse cuando la justicia, a pedido de las Abuelas, utilizó los avances de las ciencias forenses y ordenó que se hicieran estudios genéticos de prendas o utensilios (como los cepillos de dientes) que el joven hubiera usado. Estas decisiones, tras ser impugnadas, fueron confirmadas por la Corte Suprema en el ya mencionado caso «Prieto».

Sin embargo, para evitar nuevas trabas en las investigaciones y justificándose en una medida reparatoria acordada ante la CIDH en el caso «Vázquez Ferrá», en el que las Abuelas habían denunciado al Estado, el Congreso sancionó una reforma al Código Procesal Penal (artículo 218 bis) en la que se facultó a los jueces para obtener muestras de ADN.¹⁴ En el caso de que no hubiera consentimiento, la ley establece que el juez debe optar por medidas alternativas a la extracción de sangre como la utilización de muestras forenses, de tal forma que la extracción de sangre queda como una medida de *ultima ratio*.

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó dos sentencias muy importantes relacionadas con la desaparición de niños en otros países de la región. La primera fue el caso de las «Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador», en el que en los votos disidentes de los jueces Cancado Trindado y García Robles se realizaron extensos y valiosos análisis sobre el derecho a la identidad. El caso estaba relacionado con la práctica sistemática de desaparición de niños en ese país en el marco de los conflictos armados que se desarrollaron en la década de 1980.

El segundo caso es el de «Gelman contra Uruguay», en el que la Corte Interamericana hizo un desarrollo mucho más integral, abordando muchos de los temas hasta aquí mencionados y en el que condenó a Uruguay por su ley de amnistía y le ordenó que reabriera las investigaciones. El caso fue defendido por una joven que había nacido durante el cautiverio de su madre en Uruguay tras ser trasladada clandestinamente desde Argentina.

Finalmente, en relación con las medidas que los Estados miembros deben tomar para hallar a los niños desaparecidos y restituirlos a sus familias, obligación prevista en el artículo 25, párrafo 2 de la Convención Internacional, se pueden definir a modo de ejemplo las siguientes:

- La creación de bancos de datos genéticos donde se registre el ADN de los familiares que buscan a los niños. Esto permite proseguir con la búsqueda aun en el caso de que el familiar en cuestión falleciera y sin necesidad de hacer exhumaciones. Esta medida es de gran importancia cuando los

¹⁴ A partir de la previsión legal, se buscó que se respetara el denominado principio de reserva de ley.

padres de los niños buscados también están desaparecidos o muertos, porque en ausencia del ADN de los padres del niño se requiere una mayor cantidad de muestras genéticas de familiares para reemplazarlo.

- La creación de instancias extrajudiciales para que se presenten jóvenes que sospechen que pueden ser personas desaparecidas, sin necesidad de que intervenga la justicia.
- La creación de unidades de fiscales especializados. Estas unidades permiten la centralización de la información, esencial cuando se trata de desapariciones sistemáticas o extendidas. De lo contrario, la información disgregada entre varios funcionarios judiciales conspira contra la eficacia de las investigaciones.
- La disposición de equipos de psicólogos para que intervengan tanto en las vías judiciales como en las extrajudiciales, para asistir a las víctimas y evitar su revictimización.
- Enseñar a la policía cómo actuar cuando sea necesario tomar muestras forenses alternativas a la extracción de sangre, para garantizar la eficacia de la medida y evitar situaciones de violencia innecesaria que puedan afectar a las víctimas.

El Salvador, una deuda pendiente con sus niños

Patricia Eugenia Granados de Fröhlich

Introducción

El presente trabajo es una recopilación histórica del fenómeno de desaparición forzada en El Salvador. De forma sintetizada se abordan el desarrollo de la protección jurídica, la desaparición forzada como una práctica sistemática durante el conflicto civil, con especial interés en el fenómeno de desaparición forzada de niños, y la labor que realiza la Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos en persecución de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas.

La desaparición forzada: concepto y desarrollo jurídico

La desaparición forzada es un delito complejo, múltiple y acumulativo que atenta contra un conjunto diverso de derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros pactos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. En caso de guerra, la desaparición forzada vulnera además derechos expresamente establecidos en los cuatro convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus dos protocolos adicionales.

Históricamente las desapariciones forzadas se han practicado en diversas regiones del mundo y durante diferentes épocas. Como ejemplos podríamos mencionar las detenciones secretas bajo el régimen estalinista o la práctica nazi bajo el decreto «Noche y niebla».

Más tarde este delito resurgió en América Latina y adquirió características particulares a partir de la década de los sesenta y principios de los setenta como método represivo contra los opositores de un sistema político autoritario.

La denominación de «desaparición forzada» fue utilizada por primera vez por las organizaciones no gubernamentales latinoamericanas. A raíz de las denuncias presentadas con relación a los casos ocurridos en Chile desde el golpe

de Estado militar del 11 de septiembre de 1973, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) fueron los primeros órganos internacionales de derechos humanos que reaccionaron ante este fenómeno en la década de los setenta.

La primera ilustración de un caso de este tipo en un documento de las Naciones Unidas figura en el informe del grupo de trabajo encargado de investigar la situación de los derechos humanos en Chile, presentado al Comité de Derechos Humanos el 4 de febrero de 1976.¹ Se trata del caso de Alfonso Chanfreau Oyarce, de origen francés, detenido y desaparecido en julio de 1974 en su domicilio de Santiago de Chile por miembros de la Dirección de Inteligencia Nacional, también conocida por su acrónimo DINA.

Por resolución número 20 (xxxvi) del 29 de febrero de 1980, el Comité de Derechos Humanos creó el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias para examinar cuestiones relativas a las desapariciones forzadas o involuntarias, con el mandato fundamental de servir de canal de comunicación entre las familias de las personas desaparecidas y los Gobiernos de que se trate con miras a asegurar que se investigue la suerte y el paradero de dichas personas.

En el año 1988, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH) pronunció la primera sentencia condenatoria por el crimen de desaparición forzada declarando culpable al Estado de Honduras por la violación de sus deberes de respeto y garantía de los derechos a la vida, la libertad y la integridad personal de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, estudiante hondureño secuestrado en septiembre de 1981 en Tegucigalpa por hombres civiles fuertemente armados y conectados con las Fuerzas Armadas hondureñas.² Esta sentencia, a falta de la tipificación expresa del crimen de desaparición forzada, tuvo que basarse en los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos), 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal) y 7 (Derecho a la libertad personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Poco tiempo después la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de su Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992, proclamó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas como un conjunto de principios aplicables por todos los Estados, destinados a prevenir, investigar todo acto de desaparición forzada y hacer comparecer a los autores ante la justicia. En su preámbulo define qué se entiende por desaparición forzada:

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Informe anual del 30 de diciembre de 1974».

² CIADH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4.

[...] desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su voluntad 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 paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así de la protección de la ley.³

Lo más importante de esta declaración es la obligación del artículo 4, que establece que todo acto de desaparición forzada debe ser tipificado como un delito penal en la legislación nacional, sancionable con penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad.

En junio de 1994, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Este fue el primer instrumento jurídicamente vinculante en la materia, que entró en vigencia el 28 de marzo de 1996 tras su ratificación por ocho estados: Argentina, Panamá, Uruguay, Costa Rica, Paraguay, Venezuela, Bolivia y Guatemala.

La Convención de la OEA reafirma en el preámbulo que la práctica sistemática de las desapariciones forzadas de personas constituye un crimen de lesa humanidad y obliga en su artículo 3 a los Estados miembros a tomar medidas para tipificar el delito en su legislación penal según la definición del artículo 2 y a establecer su jurisdicción sobre la causa.

CONSIDERANDO que la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana [...] REAFIRMANDO que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad.⁴

En el marco de las Naciones Unidas, no es hasta el 20 de diciembre de 2006 cuando se aprueba el texto de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, firmada en París el 6 de febrero de 2007, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

Al establecer como derecho humano el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, la Convención representa un avance en lo que respecta a medi-

³ Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 1992.

⁴ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 1994.

das de prevención, como la obligación de mantener registros centralizados de todos los lugares de detención y de los detenidos, y al derecho de los desaparecidos y sus familiares a un recurso efectivo y a reparación.

Desaparición forzada en El Salvador

La desaparición forzada de personas en El Salvador se practicó de una forma sistemática antes del conflicto armado interno y durante los años de desarrollo de este, ejecutada y tolerada por el Estado.

En 1978, y a petición de diferentes sectores, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos llevó a cabo una visita a El Salvador denominada *in loco*. En su informe se relacionan casos sobre detenciones arbitrarias, desapariciones y asesinatos efectuados por las autoridades salvadoreñas.

La Comisión expuso en su informe un cuadro de violación generalizada de los derechos humanos, referido prácticamente a la totalidad de los derechos, libertades y garantías fundamentales contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual El Salvador es parte.

Varias fuentes informaron a la Comisión Especial que, como consecuencia de la campaña intimidatoria dirigida a atemorizar a los familiares de las víctimas para que no presenten denuncias, han surgido serias dificultades para precisar la magnitud de las muertes y desapariciones ocurridas.⁵

El conflicto armado, que duró doce años, finalizó en enero de 1992, cuando el Gobierno y la oposición firmaron los Acuerdos de Paz. Se estima que la guerra dejó un saldo de 75.000 personas muertas, «muchas de ellas asesinadas de la forma más inhumana, en hechos imputables a las fuerzas del orden o a las que funcionan con su aquiescencia».⁶

La Comisión de Verdad para El Salvador, establecida por las Naciones Unidas como parte de los acuerdos de paz, constató:

La Comisión de la Verdad registró más de 22.000 denuncias de graves hechos de violencia ocurridos en El Salvador durante el periodo de enero 1980-1991. Más

⁵ CIDH. «Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador», del 17 de noviembre de 1978, cap. II, «Derecho a la vida», párr. 18.

⁶ CIDH. «Informe anual 1983-1984», capítulo IV, «Situación de los derechos humanos en varios Estados. El Salvador».

de 7.000 fueron recibidos directamente en las oficinas de la Comisión en diversos lugares; las demás llegaron por intermedio de instituciones gubernamentales y no gubernamentales.⁷

Según los informes de las diferentes ONG salvadoreñas, se ha estimado que más de 8.000 personas desaparecieron durante el conflicto armado. La mayoría de estos casos fueron suficientemente documentados por la Comisión de la Verdad y por organizaciones estatales como la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH).

Las desapariciones se realizaban usualmente durante operativos cuya finalidad era la detención y posterior desaparición o ejecución de personas identificadas como opositoras al Gobierno o al menos sospechosos de serlo, e incluso de personas civiles completamente ajenas al conflicto, con el fin aparente de generar terror y eliminar a población considerada como potenciales miembros de la guerrilla.⁸

La Comisión de la Verdad integró en su informe treinta casos ilustrativos sobre graves violaciones de derechos humanos, y ponderó la trascendencia atribuible a cada hecho en particular, sus características y repercusión, así como la conmoción social que estos originaron.

Con respecto a las desapariciones, la Comisión de la Verdad ilustró el caso de Sara Cristina Chan Chan Medina y Juan Francisco Massi Chávez, por ofrecer la sintomatología de desprecio a los valores de la familia, el afecto familiar, el dolor maternal y la solidaridad gremial. Ella, de veinte años, era fotógrafa de la Federación Nacional Sindical de Trabajadores Salvadoreños; él, de veinticinco años, trabajaba para la fábrica LIDO. Ambos desaparecieron el 18 de agosto de 1989 a manos de seis soldados de la Fuerza Aérea, mientras se dirigían a pie a sus casas en el Boulevard del Ejército, cerca de San Salvador, y desde entonces siguen desaparecidos.

A pesar de que la familia y miembros del Sindicato de Trabajadores acudieron a diferentes instalaciones militares y policiales de la ciudad en busca de información, las autoridades negaron sistemáticamente el hecho mismo de la detención y, en consecuencia, también el paradero y la suerte de las víctimas.

Como la madre insistía en que diversas personas habían presenciado las detenciones por soldados de la Fuerza Aérea pocos días antes, finalmente llamaron a

⁷ ONU. «De la locura a la esperanza: La guerra de los doce años en El Salvador». Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, 1993, pág. 41.

⁸ PDDH. «Informe sobre las desapariciones forzadas de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz», del 2 de septiembre de 2004, pág. 69.

otro oficial, quien llevó a la madre hasta las bartolinas [calabozos]. Ella examinó seis celdas, pero no vio a Sara Cristina ni a Juan Francisco. El oficial le gritó: «¡No vuelva porque se queda, señora!». Por temor, ella nunca volvió.⁹

La Comisión determinó que existían suficientes pruebas de que los detenidos habían sido trasladados a la base de la Fuerza Aérea, que habían desaparecido mientras se encontraban en poder de tales autoridades y que no había ninguna constancia de que aún permanecieran con vida. También determinó que el personal de la misma entidad militar había encubierto el hecho al negar las detenciones de Sara Cristina Chan Chan Medina y Juan Francisco Massi. La Comisión concluyó que el Estado salvadoreño tiene la obligación ante la historia de investigar de manera transparente los hechos, sancionar a los culpables e indemnizar a los familiares de las jóvenes víctimas Sara Cristina Chan Chan y Juan Francisco Massi. A pesar de ello, no se ha iniciado ninguna investigación para determinar su paradero.

En el año 2007, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias reportó 2.270 casos pendientes de esclarecimiento sobre el paradero o la suerte de las víctimas de este crimen en El Salvador.¹⁰

Los niños desaparecidos durante el conflicto

Un fenómeno que se dio en el país durante la época del conflicto armado fue la desaparición forzada de niños. Según denuncias ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, esta señaló que la mayoría de los casos ocurrieron entre los años 1980 y 1986, periodo en que se desarrolló la estrategia de «tierra arrasada», conocida entre la población civil como «guinda de mayo».

La forma en que estos niños desaparecieron no siempre fue la misma.

Hay dos casos documentados en los que los niños y niñas, a punta de pistola, fueron literalmente arrancados de los brazos de sus madres por miembros de la[s] Fuerza[s] Armada[s] que participaban en operativos militares de contrainsurgencia. En otras muchas ocasiones, los niños fueron encontrados con vida en medio de cadáveres después de una masacre o un enfrentamiento armado.¹¹

⁹ ONU, «De la locura a la esperanza...», *op. cit.*, pág. 115.

¹⁰ Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. «Informe relativo a su visita a El Salvador del 5-7 de febrero de 2007», A/HRC/7/2/Add.2, 26 de octubre de 2007, pág. 6.

¹¹ Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos (con el apoyo de Save the Children, Suecia). *La paz en construcción. Un estudio sobre la problemática de la niñez desaparecida por el conflicto armado en El Salvador*, San Salvador, 2002, pág. 6.

Muchos niños supervivientes de las masacres y batallas fueron llevados a cuarteles por soldados. Algunos ex miembros de las Fuerzas Armadas salvadoreña han declarado que «desde 1982, habían recibido órdenes de llevarse a cualquier niño o niña que encontraran durante el ataque a posiciones enemigas».¹²

Cuando se llevaron a mi hijo, empecé a correr detrás de los soldados y subí por la ventana del helicóptero para tratar de buscarlo [...]. No lo podía ver, él era muy pequeño, tenía seis meses de edad, y había niños de todas las edades. Un soldado me agarró y me tiró hacia abajo. Caí, pero volví a levantarme y fui a ver por la ventana, por el otro lado, cerca del final del helicóptero. No sé si era el mismo soldado, u otro, pero me tiró hacia abajo de nuevo. El helicóptero se levantó. Me quedé en tierra. Mi mamá estaba parada a mi lado. Todas las mujeres estaban llorando. Luego el helicóptero regresó, regresó dos veces, llevándose niños y niñas, solamente niños y niñas (María Magdalena Ramos. Testimonio de la desaparición de su hijo, Nelson Anívar Ramos, el 31 de mayo de 1982, en el cantón Santa Anita, San Antonio de la Cruz, Chalatenango).¹³

Del total de casos registrados, un 85% se atribuyeron a agentes del Estado, a grupos paramilitares aliados con estos y a los escuadrones de la muerte, y un 10% a miembros de la fuerza guerrillera.

En algunos casos, los líderes de la guerrilla presionaron a las familias para que se separaran de sus niños, en otros estos eran utilizados para servir como pantalla de las actividades clandestinas.

A mi hermana y a mí [los líderes guerrilleros] nos dijeron que regaláramos a nuestros hijos porque no podíamos correr [con ellos]. Nos obligaron a dárselos a una familia extraña. Nos obligaron a mi hermana y a mí a regalar a nuestros hijos, nos intimidaron y no nos dejaron hablar. Nos dijeron que ellos [los niños] se irían y nosotras los tendríamos de regreso una vez que fuéramos libres, pero olvidaron su promesa (Francisca Barrera. Testimonio de la desaparición de su hijo, Juan Pablo Barrera, en diciembre de 1983).¹⁴

El destino final de los niños después de su desaparición fue incierto, debido a que la mayoría de los posibles testigos fueron asesinados durante el hecho, los niños eran muy pequeños, y no se han exhibido los registros llevados por

¹² *Ídem*, pág. 18.

¹³ *Ídem*, pág. 19.

¹⁴ *Ídem*, pág. 22.

las autoridades militares. Sin embargo, se ha determinado que los posibles destinos de los niños después de la separación de su familia y de su desaparición pueden clasificarse en seis grupos.

Adopciones en las que existe un proceso formal dentro del sistema judicial

La Ley de Adopción de 1955, vigente en El Salvador a principios de la década de los ochenta, facilitó las adopciones a gran escala, y la mayoría de los niños se asignaron a familias extranjeras, principalmente de Estados Unidos, Francia e Italia. Originalmente eran competentes los jueces de lo civil, pero estos se declararon incompetentes y remitieron la causa a los Tribunales de Menores de aquella época.

La adopción de un niño era posible si se cumplía uno de dos preceptos legales: *a)* declaración de abandono moral y material ordenada por el juez de menores, o *b)* el consentimiento del progenitor para que se realizara la adopción del niño.

El juez de Tutela de Menores debía investigar la situación social y familiar del menor que se pretendía adoptar y determinar si este se encontraba en una situación real de abandono. Una vez declarado el estado de abandono del menor, resolvía declarando la guarda del menor a favor de los futuros adoptantes, entregándose físicamente para que viviera en el hogar de ellos mientras se tramitaba el proceso de adopción en su lugar de residencia, y conforme [a] las leyes del domicilio de los adoptantes.¹⁵

En la revisión de los expedientes de la Procuraduría General de la República y la Corte Suprema de Justicia, se evidencia que en la mayoría de los casos la adopción fue consentida y justificada por los progenitores a causa de su situación de pobreza. Para el caso de los niños que carecían de representante legal, era necesaria la autorización del procurador general de la República, quien intervenía en su calidad de representante legal.

Este procedimiento se tramitaba en aproximadamente 60-90 días, al final del cual el niño que se iba a adoptar viajaba a su nuevo hogar; y allá, después de un periodo de adaptación con su nueva familia, previo informe favorable de una tra-

¹⁵ Universidad de El Salvador. «La función jurisdiccional y la competencia en el proceso de adopción». Tesis de José Damián Guirola Kurz et al., 1996.

bajadora social y a petición de los futuros adoptantes, el juez de aquel domicilio sentenciaba la adopción. Al cabo de dos años de adoptado, sus padres adoptivos le solicitaban la ciudadanía y se convertía en ciudadano del país de sus padres adoptivos.¹⁶

Adopciones «de hecho» o «apropiaciones»

Con frecuencia, los niños eran acogidos por su familia consanguínea, principalmente por sus abuelas. Cuando no existían familiares cercanos, las familias de la misma comunidad se hacían cargo de aquellos que habían perdido a sus padres.

Muchos de estos niños eran conocidos como «hijos de crianza». A otros los registraron como hijos propios, prescindiendo de llevar a cabo un proceso de formalización de adopción, y se les ocultó su verdadero origen.

«Apropiación» por parte de militares

La ausencia de registros de las autoridades militares, la negativa de informar a los familiares y organizaciones de derechos humanos y la inexistencia de acciones para promover la reunificación familiar han garantizado la impunidad en los casos de apropiaciones.

Muchos militares incluyeron en sus familias como hijos a los niños tras separarlos de sus familias originales. En la mayoría de los casos, los emplearon en trabajos domésticos o agrícolas. Uno de los primeros casos que involucran a los militares en el rapto y adopción forzada de niños es el caso Contreras.¹⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que en El Salvador existió un patrón sistemático de desapariciones forzadas de niños durante los años del conflicto armado interno (1980-1992), quienes eran sustraídos y retenidos ilegalmente por miembros de las Fuerzas Armadas, principalmente entre 1980 y 1984, práctica que implicó, en muchos casos, la apropiación de los niños y su inscripción con otro nombre o con datos falsos.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ CIADH. Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia del 31 de agosto de 2011.

Niños que crecieron en orfanatos sin que se intentara encontrar a sus parientes

En la localización de jóvenes se han revisado los expedientes de orfanatos que funcionaron durante la guerra, a fin de recopilar información. Estas investigaciones permitieron verificar que, en su mayoría, dichos organismos no asentaban los orígenes y características de los niños que recibían, y que en muchas ocasiones estos sufrieron un cambio completo en su identidad legal. Era una práctica común que los orfanatos llevaran a cabo inscripciones de partidas de nacimiento en la oficina municipal más cercana con información falsa acerca de la identidad del menor.

Niños que crecieron en instalaciones militares

Estos niños crecieron en un ambiente militar, y su vida dentro del cuartel estuvo marcada por los doce años de guerra y violencia. En general los utilizaron en trabajos domésticos o como mensajeros. Las investigaciones que se han llevado a cabo han encontrado pruebas de que algunos niños desaparecidos fueron víctimas del tráfico ilegal a través de adopciones fraudulentas.

Niños localizados fallecidos

A través de procesos de exhumación y pruebas de ADN se ha comprobado la identidad de niños fallecidos durante operativos desarrollados por las Fuerzas Armadas de El Salvador. Muchas familias mantienen la esperanza de encontrar a sus hijos vivos, ya que no se han encontrado pruebas de que hayan sido asesinados.

Hasta el presente, el total de casos denunciados de niños desaparecidos en la época del conflicto interno en El Salvador es de alrededor de 1.200. La Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el conflicto armado ha registrado un total de 926 casos, de los cuales 387 han sido resueltos, mientras que 539 se continúan investigando.

En el año 1996, a petición de Pro-Búsqueda, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos inició gestiones para investigar la desaparición forzada de niños durante el conflicto armado salvadoreño. Los primeros resultados

de la investigación se presentaron en la resolución SS-0449-96, de fecha 30 de marzo de 1998, donde «se señaló claramente la responsabilidad institucional en los casos de niños desaparecidos, instando al Estado a impartir justicia y haciendo un llamado a las altas autoridades militares del país a comprometerse para aportar la información que estuviere en su poder.¹⁸

A partir de la firma de los acuerdos de paz, familiares víctimas de desapariciones forzadas han presentado más de 600 casos a conocimiento de tribunales de justicia, los cuales no han completado aún la fase de diligencias previas de proceso penal, a pesar de las pruebas presentadas.

La Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno (CNB),¹⁹ adscrita al Departamento de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores desde su creación en 2010, ha recibido un total de 224 casos de niños desaparecidos durante el conflicto armado interno, de los cuales 130 están pendientes de resolver.²⁰

Lamentablemente hasta el momento solo se ha logrado localizar o encontrar a 94 de estos jóvenes. Hasta el presente no se conocen casos de personas condenadas por el delito de desaparición. Tampoco se conocen sanciones disciplinarias a funcionarios estatales por casos relacionados con la desaparición de personas.

Pro-Búsqueda y su labor en la localización de niños

Pro-Búsqueda ha definido como su objetivo principal «buscar a los niños desaparecidos a consecuencia del conflicto armado en El Salvador; a través de su encuentro, responder a las demandas de verdad, justicia y reparación; y contribuir a la creación de herramientas legales e institucionales para encontrar la solución a esta problemática». Para llevar a cabo sus objetivos, desarrolla su labor en cuatro áreas de trabajo.

Unidad de Investigación

La Unidad de Investigación es la encargada de buscar a los niños desaparecidos. «El trabajo [se] inicia al recibir una denuncia o caso de un familiar que

¹⁸ PDDH, *op. cit.*, pág. 6.

¹⁹ Decreto de creación de la Comisión Nacional de Búsqueda, 2010.

²⁰ CNB. «Informe estadístico sobre los avances investigativos», enero de 2014.

busca a su hijo o un joven que busca a su familiar». ²¹ Una vez establecidos los criterios institucionales, se inicia el proceso de investigación hasta establecer el paradero de la persona que se busca.

Para comprobar la filiación existente y la objetividad de la investigación de campo, en los casos que requieren una identificación positiva se realiza una prueba de ADN con la ayuda de Physicians for Human Rights, entidad no gubernamental con quien mantiene un acuerdo de elaboración de todas las pruebas de ADN relacionadas con los casos de niños desaparecidos. Tras localizar al joven y comprobar la filiación existente, se lleva a cabo la preparación de reencuentros familiares.

Unidad Psicosocial

La Unidad Psicosocial se ocupa de preparar el reencuentro de los jóvenes que se han localizado, procurando reducir su ansiedad, inseguridad y otros sentimientos manifestados. Una vez concretado el reencuentro familiar, esta unidad promueve la reintegración familiar, tomando en cuenta todas las partes involucradas.

En el caso de los familiares a quienes se notifica que su hijo se localizó fallecido, se les brinda atención y acompañamiento en su duelo.

Unidad Jurídica

Para responder a las demandas de verdad, justicia y reparación, Pro-Búsqueda proporciona apoyo legal a aquellas familias que quieran iniciar acciones legales, tanto nacionales como internacionales.

Los procesos impulsados desde la Unidad Jurídica «tienen por fin que el Estado de El Salvador reconozca y asuma su responsabilidad de investigar, procesar y sancionar a los responsables de las desapariciones de niños, así como de reparar a las víctimas de dichas violaciones de derechos humanos». ²²

Pro-Búsqueda logró la primera condena contra el Estado de El Salvador por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Justicia en el caso de las hermanas Erlinda y Ernestina Serrano Cruz, ²³ la cual le ordenó que cumpliera con 11 medidas de reparación, entre ellas, investigar los hechos denunciados,

²¹ www.probusqueda.org.sv.

²² www.probusqueda.org.sv.

²³ CIADH. Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia del 1 de marzo de 2005.

identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas. Obligaba además al Estado a crear una Comisión Nacional de Búsqueda de Niños Desaparecidos con la participación de la sociedad civil, así como un banco de información genética.

El apoyo legal de Pro-Búsqueda también se ve reflejado en los esfuerzos por el restablecimiento de la identidad legal de los niños.

El derecho a la identidad es un concepto legal con muchas implicaciones a nivel de salud mental. Pro-Búsqueda ha tratado, a través de diferentes medios, de garantizar que los niños desaparecidos puedan obtener nuevamente su identidad legal. Después de años de dificultades para arreglar los documentos de los jóvenes, Pro-Búsqueda ha llegado a un acuerdo con la Procuraduría General de la República a fin de que este proceso se facilite. El restablecimiento de la identidad legal es un reconocimiento oficial y social muy importante, un reconocimiento de la particularidad de su situación y su historia. El restablecimiento de la identidad legal tiene implicaciones prácticas y también emocionales.²⁴

Para restablecer la identidad legal de los jóvenes, la Unidad Jurídica ha llevado a cabo procesos de nulidad de partida de nacimiento, diligencias para establecer de forma subsidiaria el estado familiar y diligencias de rectificación de partidas de nacimientos, entre otras acciones.

Unidad de Incidencia y Organización

En la Unidad de Incidencia y Organización se garantiza el proceso necesario para que los familiares sean actores de sus propias demandas. Con este fin, se llevan a cabo procesos formativo-educativos, campañas de sensibilización social, presentación de herramientas legales, etc.

Asimismo, Pro-Búsqueda ha contribuido a impulsar el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ejemplo de lo anterior es la designación —mediante Decreto Legislativo núm. 197— del día 29 de marzo «Día de la niñez desaparecida durante el conflicto armado» registrado entre 1980 y 1992 en El Salvador.

En el año 2013 presentó a la Asamblea Legislativa el proyecto de «Ley de creación de la Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno», con la finalidad de «investigar, lo-

²⁴ Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos, *op. cit.*, pág. 80.

calizar y determinar el paradero y situación de los niños desaparecidos durante el conflicto armado interno en El Salvador, así como respetar y garantizar los derechos de las víctimas reconocidas por la presente ley».

A esta propuesta se suma el anteproyecto de «Ley de Reparación para Jóvenes Víctimas de Desaparición Forzada durante el Conflicto Armado», presentado en agosto de 2013, y que tiene por objeto que el Estado reconozca como víctimas de la guerra civil en el país a la niñez desaparecida, los familiares de estos menores y el resto de la población a la que se le violentaron sus derechos humanos. Este proyecto de ley prevé la reparación a partir de dos enfoques, uno moral y otro material, como parte de la reivindicación de la niñez desaparecida y de sus familiares; además propone la creación de un consejo de reparaciones para evaluar y garantizar todos los derechos que se violaron.

Al día de hoy (julio de 2014), la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa todavía está estudiando estas propuestas.

Proceso de ratificación en El Salvador de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

Otro instrumento legal que está en estudio en la Asamblea Legislativa, además de las propuestas anteriores, es el proyecto de Ley de Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

En el año 2007, y a invitación del Gobierno de El Salvador, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias visitó el país como parte de una visita regional a cuatro países centroamericanos con un alto número de casos de desaparición forzada pendientes de esclarecer.

El propósito de la misión fue establecer lazos de comunicación con el Gobierno de El Salvador y las organizaciones civiles encargadas de dar seguimiento a los casos de desaparición forzada ocurridos durante la época del conflicto armado interno. Esto, con el fin de fortalecer los mecanismos que ayuden en el futuro cercano a esclarecer el mayor número de casos de desaparición forzada que se encuentran pendientes en los registros del Grupo de Trabajo.²⁵

El informe del grupo de trabajo está dividido en seis capítulos, en los cuales se hace una descripción del fenómeno de la desaparición forzada en El Salva-

²⁵ Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, *op. cit.*, pág. 6.

dor. Incluye un estudio general de las disposiciones legales relativas a este tema, en especial aquellos tratados internacionales de los que El Salvador es parte, así como los esfuerzos de búsqueda de niños desaparecidos llevados a cabo por parte del Gobierno y de las organizaciones no gubernamentales.

En las conclusiones del informe, el grupo de trabajo realizó diversas recomendaciones que se presentaron al Gobierno de El Salvador, con miras a su aplicación. Entre estas se destaca la que insta a El Salvador a suscribir la nueva Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Estas recomendaciones fueron aceptadas en el informe del Examen Periódico Universal (EPU) de 2008-2010,²⁶ donde se expresó que se aceptaban en consideración a su relevancia para el avance de los derechos humanos y las libertades fundamentales en El Salvador, en coherencia con los compromisos del Estado de acatar las pautas establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

No se omite manifestar que, para el proceso de ratificación de los diferentes tratados que se recomiendan, el Estado de El Salvador aplicará un proceso interno de consulta multisectorial, con participación de la sociedad civil, a los efectos de deliberar sobre la compatibilidad de cada instrumento internacional en estudio con las diferentes normas de la Constitución de la República de El Salvador. Dicho proceso será previo a la remisión a la Asamblea Legislativa para las respectivas ratificaciones, lo que aportará mayor riqueza a las discusiones legislativas pertinentes, posibilitándose la generación de condiciones para una eficaz implementación cuando las ratificaciones se produzcan.²⁷

En el año 2013, El Salvador rindió informe al secretario general de la ONU en cumplimiento de la resolución A/RES/67/180 (Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada), en que exponía la situación de la Convención. En dicho informe el Estado de El Salvador señaló que, asumiendo su compromiso de cumplir las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, inició en el año 2011 un proceso de consulta, solicitando a las diferentes instancias gubernamentales y sociedad civil organizada su opinión respecto la ratificación. La respuesta de

²⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR). «Observaciones y recomendaciones de derechos humanos, órganos y tratados y Examen Periódico Universal 2008-2010», pág. 119.

²⁷ *Ibidem*.

las instituciones nacionales fue apoyar y avalar la adhesión y posterior ratificación de la Convención sobre Desapariciones Forzadas.

Finalizada la consulta en enero de 2013, el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió al presidente de la República un dictamen favorable y el aval respectivo para presentar a la Asamblea Legislativa la iniciativa de ley de la referida Convención. Con fecha 24 de abril de 2013, la Asamblea Legislativa recibió el Acuerdo Ejecutivo núm. 602-2013 del presidente de la República, con la autorización de iniciativa de ley de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, a fin de continuar el proceso de ratificación, el cual es competencia de la Asamblea Legislativa.

A fecha julio de 2014 dicho expediente se encuentra en proceso de estudio en la Comisión de Relaciones Exteriores, Integración Centroamericana y Salvadoreños en el Exterior de la Asamblea Legislativa.

Conclusiones

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas establece en su artículo 25 que los Estados deben tomar las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente la apropiación indebida de niños. Según lo dispuesto en dicho artículo, el Estado miembro deberá prevenir y sancionar penalmente:

- a) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada.
- b) La falsificación, ocultamiento o destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso a) supra.

La inclusión de este artículo en la Convención tiene su origen en los graves hechos de violaciones de derechos humanos cometidos contra niños durante los conflictos internos, principalmente en Latinoamérica, en la década de los setenta hasta principios de los noventa. Esta obligación reafirma el principio de interés superior de los niños establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Siendo El Salvador uno de los países donde se identifica un gran número de casos de desaparecidos entre los que se cuentan niños, es necesario no solo

realizar actos públicos de perdón y reconocimiento de su responsabilidad en hechos de violaciones a derechos humanos por agentes del Estado en el pasado, sino también cumplir con la obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables.

El Salvador ha dado pasos importantes a favor de la niñez desaparecida; sin embargo, la mayoría de los casos siguen pendientes de esclarecimiento. Es por esto por lo que se considera favorable y de suma urgencia la ratificación de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, pues su inclusión en el ordenamiento jurídico nacional vendría a reforzar la protección contra la desaparición forzada de personas.²⁸

Bibliografía

Instrumentos internacionales

Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 1992.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 1994.

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 2006.

Jurisprudencia y sentencias internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia del 31 de agosto de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia del 1 de marzo de 2005.

Tesis

Universidad de El Salvador. «La función jurisdiccional y la competencia en el proceso de adopción». José Damián Guirola Kurz et al., 1996.

Informes

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Informe anual del 30 de diciembre de 1974».

²⁸ Mi propuesta como salvadoreña es exigir al Estado, a las familias y a la sociedad que se garantice el respeto de los derechos humanos, en especial el de todos los niños.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador», del 17 de noviembre de 1978.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Informe anual 1983-1984».
- Organización de la Naciones Unidas. «De la locura a la esperanza: La guerra de los doce años en El Salvador». Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, 1993.
- Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. «Informe sobre las desapariciones forzadas de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz», 2 de septiembre de 2004.
- Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno. «Informe estadístico sobre los avances investigativos», enero de 2014.
- Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. «Informe relativo a su visita a El Salvador del 5-7 de febrero de 2007».
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, «Observaciones y recomendaciones de derechos humanos, órganos y tratados y Examen Periódico Universal 2008-2010».

Libros

- Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos (con el apoyo de Save the Children, Suecia). *La paz en construcción. Un estudio sobre la problemática de la niñez desaparecida por el conflicto armado en El Salvador*, San Salvador, 2002.

Sitios Web

- www.cidh.org
www.corteidh.or.cr
www.cnbelsalvador.org
www.probusqueda.org.sv

Las desapariciones forzadas de niños en Centroamérica

Gabriella Citroni

Introducción

El fenómeno de la desaparición forzada de niños cuenta con algunas peculiaridades que merecen especial atención.¹ Si de por sí la desaparición forzada es un crimen que viola una multiplicidad de derechos humanos, en el caso de la apropiación de menores sometidos a desaparición forzada o nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a desaparición forzada, puede producirse también violación de los derechos a la identidad, al nombre y, en algunas circunstancias, a la nacionalidad.

Confirmando la especial relevancia del tema, en 2012 el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDF) adoptó una observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas en la que se destaca que *«la desaparición forzada de niños y su separación de sus padres o de sus familiares lesiona de forma particularmente grave la integridad mental, física y moral de los niños. En todas las circunstancias, los niños víctimas de desapariciones forzadas o los allegados de una persona desaparecida experimentan sentimientos de pérdida, abandono, miedo intenso, incertidumbre, angustia y dolor, todo lo cual podría variar o intensificarse en función de la edad y de las circunstancias específicas del niño. El Grupo de Trabajo considera que el hecho de que se separe a niños de sus familias surte efectos específicos y especialmente graves sobre su integridad personal que tienen repercusiones duraderas y causan gran daño físico y mental»*.²

Si bien el caso más conocido internacionalmente es el de los niños desaparecidos o robados en Argentina y en los países fronterizos en el marco de la Operación Cóndor, esta práctica ha alcanzado una magnitud extraordinaria en

¹ Por razones de rigor lingüístico, a continuación se utilizarán las expresiones «niños» o «menores», que implican niños y adolescentes de ambos sexos.

² Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDF), «Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas», doc. A/HRC/WGEID/98/1 del 14 de febrero de 2013, párr. 6 (las cursivas son nuestras).

los países centroamericanos, en particular durante los conflictos armados internos de El Salvador y Guatemala.

El fenómeno de la desaparición forzada de niños en Centroamérica asume una especial relevancia no solo por el número de víctimas (entre los dos países se registran casi 6.000 niños desaparecidos, pero es imaginable que la cifra real sea aún más alta ya que existe un importante subregistro), sino también por algunos aspectos peculiares que atañen a la relación entre dicha práctica y la «limpieza étnica», y a las adopciones irregulares —nacionales e internacionales— de niños desaparecidos. Asimismo, ambos países se caracterizan por el papel determinante desempeñado por asociaciones de la sociedad civil que, a pesar de los obstáculos encontrados, a lo largo de los años han conseguido algunos logros considerables, tanto desde el punto de vista jurídico como en la ubicación e identificación de más de 700 jóvenes salvadoreños y guatemaltecos desaparecidos durante los conflictos armados, y en la organización del reencontro con sus familias biológicas.

En la presente contribución se analizarán los mencionados aspectos peculiares de las desapariciones forzadas de niños en Centroamérica y el papel de las organizaciones de la sociedad civil en su búsqueda e identificación. Además, se hará referencia a la jurisprudencia sentada sobre el tema por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando la originalidad del razonamiento jurídico y de las medidas de reparación ordenadas. Finalmente, se presentarán los principales retos que permanecen pendientes en ambos países.

El fenómeno de la desaparición forzada de niños en El Salvador y Guatemala

Durante los conflictos internos armados que sacudieron respectivamente a los dos países centroamericanos,³ el recurso a la desaparición forzada de niños alcanzó una magnitud sin precedentes. En ambos casos se trató de una práctica sistemática y masiva que afectó a la población civil y que puede por lo tanto calificarse de delito de lesa humanidad.

³ En el caso de El Salvador, el conflicto interno armado tuvo lugar entre 1980 y enero de 1992, cuando se produjo la firma de los Acuerdos de Paz de Chapultepec entre el gobierno salvadoreño y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). En el caso de Guatemala, el conflicto interno armado duró treinta y seis años y se concluyó con los Acuerdos de Paz Firme y Duradera del 29 de diciembre de 1996 entre el gobierno guatemalteco y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG).

Por lo que concierne a El Salvador, la Comisión de la Verdad establecida en el marco de los Acuerdos de Paz con el mandato de investigar los graves hechos de violencia ocurridos desde 1980 «cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad», recogió numerosas denuncias sobre niños víctimas de desaparición forzada durante el conflicto. Sin embargo, en el informe final de la comisión, titulado «De la locura a la esperanza» y publicado en marzo de 1993, no hay una mención específica al fenómeno de la desaparición de niños como tal, aunque los nombres de muchos de ellos aparecen en el listado general de víctimas del conflicto.⁴ En este sentido, durante muchos años no se adoptó un enfoque que tomara en cuenta la especificidad del crimen, sino que se mencionó en general el hecho de que se produjeron numerosas desapariciones forzadas durante el conflicto. La existencia de un fenómeno con características peculiares se irá afirmando en el contexto de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, y en particular de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁵ especialmente desde principios de la década de 2000 y a raíz de una fuerte presión y una labor de denuncia pública llevada a cabo por organizaciones de la sociedad civil salvadoreña.⁶

En el marco de las Naciones Unidas,⁷ en febrero de 2007 el GTDF llevó a cabo una misión en El Salvador y en su informe dedicó un apartado a la desaparición forzada de niños, destacando que «según fuentes consultadas, *este fenómeno respondió a una estrategia deliberada, en el marco de la violencia institucionalizada del Estado* que caracterizó a la época del conflicto. Según dichas fuentes, los niños eran sustraídos durante la ejecución de operativos militares

⁴ Una situación similar se da en el «Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador» de 1994 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), donde no se analiza el fenómeno, aunque aparecen varios nombres de niños víctimas cuyos casos se han presentado ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (doc. OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 28, rev. del 11 de febrero de 1994).

⁵ *Ídem*, párr. III.

⁶ *Ídem*, párr. IV. Véase Asociación Pro-Búsqueda (Save the Children), *La paz en construcción. Un estudio sobre la problemática de la niñez desaparecida por el conflicto armado en El Salvador*, San Salvador, 2003.

⁷ Menciones a la existencia del fenómeno de los niños desaparecidos durante el conflicto, aunque sin mayor análisis de la práctica, se encuentran en: Comité de Derechos Humanos (CDH), «Observaciones finales sobre El Salvador», doc. CCPR/CO/78/SLV del 22 de agosto de 2003, párr. 19, y doc. CCPR/C/SLV/CO/6 del 18 de noviembre de 2010, párr. 3 a); Comité de los Derechos del Niño (CDN), «Observaciones finales sobre El Salvador», doc. CRC/C/15/Add.232 del 30 de junio de 2004, párrs. 31-32, y doc. CRC/C/SLV/CO-3-4 del 17 de febrero de 2010, párrs. 4 a), 37 y 38; y Comité contra la Tortura (CCT), «Observaciones finales sobre El Salvador», doc. CAT/C/SLV/CO/2 del 9 de diciembre de 2009, párrs. 14-15.

después de que sus familiares fueran ejecutados u obligados a huir para proteger su vida. Asimismo, era *frecuente la apropiación de niños por parte de jefes militares, quienes los incluían en su seno familiar como hijos*.⁸

En el caso del conflicto en Guatemala, existió no solamente un contexto de violencia en el cual los niños formaban un grupo particularmente afectado, sino también un patrón de separación de los niños de sus familias y de sustracción y retención ilegal de estos. Dicha circunstancia fue señalada tanto por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH)⁹ como por la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG) y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰

En particular, la CEH relató que «después de masacres u operaciones de tierra arrasada, muchos niños que ya podían valerse por sí mismos fueron llevados por los militares, comisionados militares o patrulleros para ser *sometidos a condición servil en sus casas o en las de otras familias. Algunos de estos niños se vieron sometidos a situaciones de explotación y abuso sistemático* [...]. Según los testimonios recibidos por la CEH, los niños debían realizar trabajos domésticos o diversas tareas que les encargaban en las casas donde se encontraban. Sufrieron todo tipo de maltrato físico y psicológico. *Estos niños sufrieron, conjuntamente con la violación de su derecho a la libertad individual, la vulneración de todos sus derechos humanos, pues por las condiciones de servidumbre a las que fueron sometidos también se afectaron su integridad física y psicológica, se los mantuvo en una situación de explotación económica, abuso y permanente miedo. Igualmente se vulneró su derecho a su identidad y a desarrollarse dentro de su propia*

⁸ GTDF, «Informe sobre la misión en El Salvador», doc. A/HRC/7/2/Add.2 del 27 de octubre de 2007, párr. 23.

⁹ Creada mediante los auspicios de las Naciones Unidas, a partir de la suscripción del Acuerdo para 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, el 23 de junio de 1993.

¹⁰ Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), Informe *Guatemala: memoria del silencio*, Ciudad de Guatemala, 1999, tomo V, «Conclusiones y recomendaciones» y tomo III, vol. 3, «Violencia contra la niñez», págs. 71 y 72; Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG), *Guatemala nunca más*, Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI), publicado en 1998; ODHAG, *Hasta encontrarte: niñez desaparecida por el conflicto armado interno en Guatemala*, Ciudad de Guatemala, 2000, disponible en: www.odhag.org.gt/pdf/Hasta%20encontrarte.pdf; CIDH, *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.111, capítulo XII, «Los derechos del niño», apartado C, aprobado el 6 de abril de 2001, párrs. 27-28; y CIDH, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 5, rev. 1, 29 de diciembre de 2003, párrs. 377 y 378.

familia y comunidad. En algunos casos se les cambió de nombres y se negó el origen de su familia o se estigmatizó a esta». ¹¹

Por su parte, la ODHAG indicó que «aparecen algunos casos de niños que fueron separados de sus familias o comunidades, secuestrados y adoptados de forma fraudulenta por algunos de los victimarios de sus familias. *Esta práctica los ha condenado a vivir con los asesinos de sus familiares*». ¹² Asimismo, en un informe específicamente dedicado a los niños desaparecidos durante el conflicto de Guatemala, la ODHAG estableció que se cometió de manera sistemática el crimen de sustracción y retención ilegal de menores, ya que «durante el conflicto armado hubo adopciones que se dieron dentro de la ilegalidad. Tal como se ha señalado anteriormente, la dinámica del conflicto, la cual facilitaba la impunidad, permitió que los niños fueran entregados por sus victimarios a entidades o personas militares, civiles o religiosas, las cuales, se estima que en gran cantidad de casos les dieron en “adopción” sin que se respetaran los procedimientos judiciales. Irregularidades procesales como la falsificación de partidas de nacimiento, o cambios de identidad a través de reasentamientos, permitieron que los niños fueran adoptados por personas extranjeras, nacionales e incluso por las familias de sus propios victimarios. Las adopciones de hecho o integración de las víctimas a hogares sustitutos fueron en muchos casos realizadas de manera arbitraria por sus propios victimarios, entidades sociales, públicas o privadas que obviaron la fase de investigación familiar, tornando más complejo este fenómeno relacionado con la desaparición forzada de infantes». ¹³ Y añade que «en muchos casos reconocidos se ha podido detectar que la reubicación de los niños desaparecidos significó un cambio de nombres y apellidos que no solamente ocurrió en los casos de “adopción” fuera y dentro de Guatemala, sino en los que se quedaron en el país viviendo con otras familias». ¹⁴

Cabe destacar que, en el caso de Guatemala, la mayoría de las víctimas del conflicto, incluyendo a los niños desaparecidos y apropiados, pertenecen a la población maya (ixil, achí, k'iché, q'anjob'al, chuj, kaqchiquel y q'eqchi). Por ello, tanto la CEH como la ODHAG concluyeron que durante el conflicto se cometieron actos de genocidio en contra de la población maya. ¹⁵ De acuerdo

¹¹ CEH, *Guatemala: memoria del Silencio*, op. cit., tomo III, vol. 3, «Violencia contra la niñez», págs. 71-72 (las cursivas son nuestras).

¹² ODHAG, *Guatemala nunca más*, op. cit., tomo I, cap. I, «La destrucción de la semilla» (las cursivas son nuestras).

¹³ ODHAG, *Hasta encontrarte...*, op. cit., pág. 131.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Véanse CEH, *Guatemala: memoria del silencio*, op. cit., vol. III, págs. 316-318, 358, 375-376, 393, 410, 416-423; y ODHAG, *Guatemala nunca más*, op. cit., tomo I, cap. II.

con el artículo 2 e) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), entre otros, se entiende por genocidio el «traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo» perpetrado con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Lo anterior pone de manifiesto la relación existente entre la desaparición forzada de niños y su posterior apropiación por miembros de otros grupos étnicos y el genocidio, y agrega un ulterior aspecto específico de violación relacionado con la identidad cultural de las víctimas.¹⁶ Durante el conflicto guatemalteco, los niños de la población maya fueron sometidos a desaparición forzada, apropiados y sujetos a un posterior cambio de identidad, en el marco de un traslado forzado de un grupo étnico a otro, donde frecuentemente tuvieron que crecer abandonando y perdiendo para siempre sus costumbres.

Sin embargo, a pesar de la existencia de documentación relativa a la desaparición de niños en Guatemala, los mecanismos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas se han concentrado más sobre la práctica en general, y en pocas ocasiones han analizado de forma pormenorizada la desaparición de niños durante el conflicto o han formulado recomendaciones específicas relativas a ello.¹⁷ Por lo que concierne al GTDF, llevó a cabo dos visitas a Guatemala (en 1987 y en 2007).¹⁸ Si bien ambos informes contienen un análisis de la práctica de la desaparición forzada de personas en el país, ninguno de los dos menciona expresamente el fenómeno de la desaparición de menores, lo cual se refleja en la ausencia de recomendaciones específicas al respecto.

La desaparición forzada de niños en El Salvador y Guatemala en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como resulta de los párrafos anteriores, en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha denunciado la práctica de la desaparición forzada de niños

¹⁶ Véase, en particular, ODHAG, *Hasta encontrarte...*, *op. cit.*, págs. 125-127.

¹⁷ CCT, «Observaciones finales sobre Guatemala», doc. A/56/44 del 6 de diciembre de 2000, párrs. 73 e) y 76 e), y doc. CAT/C/GTM/CO/56 del 31 de mayo de 2013, párr. 11; CDN, «Observaciones finales sobre Guatemala», doc. CRC/C/15/Add.154 del 9 de junio de 2001, párrs. 48-49, y doc. CRC/C/GTM/CO/3-4 del 25 de octubre de 2010, párrs. 86-87; y CDH, «Observaciones finales sobre Guatemala», doc. CCPR/CO/727GTM, del 27 de agosto de 2001, párrs. 12-15, y doc. CCPR/C/GTM/CO/3, del 19 de abril de 2012, párr. 21.

¹⁸ GTDF, «Informe sobre la misión en Guatemala», doc. E/CN.4/1988/19/Add.11, del 21 de diciembre de 1987; y doc. A/HRC/4/41/Add.1, del 20 de febrero de 2007.

durante los conflictos centroamericanos y ha recibido numerosas peticiones individuales sobre las que se ha pronunciado, algunas de las cuales se han sometido luego a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Así, en su extensa jurisprudencia en materia de desaparición forzada de personas,¹⁹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido adoptando de 2004 en adelante un significativo número de fallos²⁰ sobre casos de desaparición de niños en Centroamérica y ha analizado de forma pormenorizada las características del fenómeno y cuáles derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos son violados por ello.²¹ Asimismo, la Corte ha ordenado la adopción de medidas de reparación particularmente originales, sobre todo en materia de identificación de los niños desaparecidos, restitución de su identidad, establecimiento de bancos de datos genéticos, y tratamiento psicológico tanto a las víctimas directas del fenómeno como a sus familiares.

¹⁹ Entre otros, véase Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, «La desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», *Gaceta*, núm. 32, 2009, disponible en: http://cejil.org/sites/default/files/Gaceta_32_sp_o.pdf.

²⁰ Por razones de espacio, no se podrán analizar con detalle todos los fallos adoptados hasta la fecha por parte de la Corte Interamericana en materia de desaparición forzada de niños en Centroamérica. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Molina Theissen vs. Guatemala*, sentencia sobre el fondo del 4 de mayo de 2004, ser. C núm. 106; sentencia sobre reparaciones y costas del 3 de junio de 2004, ser. C núm. 108; caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia sobre excepciones preliminares del 23 de noviembre de 2004, ser. C núm. 118, sentencia sobre el fondo y reparaciones del 1 de marzo de 2005, ser. C núm. 120 y sentencia de interpretación del 9 de septiembre de 2005, ser. C núm. 131; caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*, sentencia del 26 de noviembre de 2008, ser. C núm. 190; caso de la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, sentencia del 24 de noviembre de 2009, ser. C núm. 211; caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia del 31 de agosto de 2011, ser. C núm. 232; caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia del 4 de septiembre de 2012, ser. C núm. 250; y caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, sentencia del 20 de noviembre de 2012, ser. C núm. 253.

Asimismo se señala que, en 2013, también la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció sobre un caso de desaparición forzada de niños recién nacidos (caso *Zorica Jovanović vs. Serbia*, sentencia del 26 de marzo de 2013), cuyo análisis podría resultar interesante desde un punto de vista de comparación entre la jurisprudencia de los dos tribunales. Finalmente, cabe señalar que, en el mes de octubre de 2014, la Corte Interamericana falló sobre otro caso relativo a la desaparición forzada de niños en Centroamérica, a saber: caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador* (caso núm. 12.577 presentado el 21 de marzo de 2013). Sin embargo, el texto de esta sentencia no ha sido publicado todavía.

²¹ A pesar de la magnitud del fenómeno de la desaparición forzada de niños en toda América Latina, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, 1994) no cuenta con disposiciones particularmente firmes sobre el tema, salvo el art. XII, que dispone que «los Estados miembros se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en este, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores». Sin embargo, hasta la fecha la Corte Interamericana no se ha referido a dicha disposición en su jurisprudencia en casos de desaparición forzada que involucran a menores, sino que más bien se ha centrado en violaciones de diferentes artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El primer fallo de la Corte Interamericana sobre la desaparición forzada de un menor durante el conflicto guatemalteco se emitió el 4 de mayo de 2004 sobre el caso *Marco Antonio Molina Theissen vs. Guatemala*,²² relativo a la desaparición forzada por manos de miembros del ejército de Guatemala de Marco Antonio Molina Theissen, de catorce años. Desde el 6 de octubre de 1981 la suerte y el paradero de Marco Antonio permanecen desconocidos. En su sentencia, el tribunal afirmó la existencia de una práctica sistemática de desaparición forzada de menores durante el conflicto perpetrada por agentes del Estado o personas o grupos que actuaron con la aquiescencia, tolerancia o apoyo del Estado.²³ Sin embargo, en esta ocasión el tribunal no profundizó de manera particular su análisis jurídico del fenómeno como tal, también debido a que el Estado guatemalteco reconoció su responsabilidad internacional por los hechos presentados en la demanda.²⁴ El 3 de junio de 2004 la Corte falló sobre las reparaciones en el caso,²⁵ ordenando a Guatemala numerosas medidas destinadas a garantizar una reparación adecuada y efectiva de los daños sufridos por la familia Molina Theissen. Además de los montos de dinero determinados por concepto de indemnización de los daños materiales y de los perjuicios morales padecidos por la familia Molina Theissen a raíz de la desaparición forzada de Marco Antonio, el tribunal ordenó a Guatemala: *a)* localizar y hacer entrega de los restos mortales de Marco Antonio Molina Theissen a sus familiares; *b)* investigar efectivamente los hechos del caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada de Marco Antonio y divulgar públicamente el resultado de dicho proceso; y *c)* adoptar las medidas necesarias legislativas, administrativas y de cualquier otra índole para crear un sistema de información genética que permita identificar a las personas desaparecidas o sus restos. Asimismo, la Corte Interamericana ordenó dos medidas de reparación directamente relacionadas con la preservación de la memoria histórica y, como tales, destinadas a beneficiar no solo a la familia Molina Theissen, sino más bien

²² CIADH, caso *Molina Theissen*, *op. cit.*

²³ *Ídem*, párrs. 28 y 41.

²⁴ En este caso, de acuerdo con el reconocimiento de responsabilidad del Estado, la Corte declaró la violación de los artículos 4.1 (derecho a la vida), 5.1 y 5.2 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 17 (protección a la familia), 19 (derechos del niño) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con sus artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), y los artículos 1 y 11 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en perjuicio de Marco Antonio Molina Theissen. Asimismo, declaró una violación de los artículos 5.1, 5.2, 8, 17 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana en perjuicio de los familiares de Marco Antonio.

²⁵ CIADH, caso *Molina Theissen*, *op. cit.*

a la sociedad en su conjunto. El tribunal ordenó a Guatemala realizar, en presencia de sus altas autoridades, un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con los hechos del caso y en desagravio de Marco Antonio Molina Theissen y sus familiares; y de designar un centro educativo existente, ubicado en la ciudad de Guatemala, con un nombre que aluda a los niños desaparecidos durante el conflicto, y colocar en dicho centro una placa en memoria de Marco Antonio Molina Theissen.

A la fecha, la Corte sigue supervisando el cumplimiento de la sentencia,²⁶ y, si bien el Estado ha adoptado algunas de las medidas ordenadas, es de resaltar cómo permanecen sin cumplir las medidas relativas a la investigación, identificación y juzgamiento de los culpables, a la localización y entrega de los restos de la víctima, y a la creación de un sistema de información genética.

La Corte volvió a pronunciarse sobre un caso relacionado con la desaparición de niños durante el conflicto en la sentencia *Tiu Tojín vs. Guatemala* del 26 de noviembre de 2011. Este fallo concierne a la desaparición forzada de la señora María Tiu Tojín y de su hija Josefa, de aproximadamente un mes de nacida, el 29 de agosto de 1990, perpetrada por efectivos del ejército guatemalteco y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC), en el municipio de Chajul, departamento del Quiché, en el marco de un operativo llevado a cabo contra una comunidad de desplazados. Hasta la fecha se desconocen la suerte y el paradero de las dos víctimas, aunque se sospecha que, conforme a la práctica existente durante el conflicto, María permaneció en el cuartel militar como «prisionera de guerra», acusada de ser miembro de la guerrilla, y posteriormente fue ejecutada, mientras que en el caso de Josefa existe la posibilidad de que haya sido entregada a terceros.²⁷ También en este caso Guatemala reconoció su responsabilidad internacional ante la Corte, que, por lo tanto, limitó su análisis jurídico de acuerdo con los términos del allanamiento del Estado, a saber, la violación de los artículos 4.1 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 19 (derechos del niño), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos). Asimismo, se declaró la violación del artículo 5 de la Convención Americana en perjuicio de los familiares de las dos víctimas directas y una violación del artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

²⁶ CIADH, caso *Marco Antonio Molina Theissen vs. Guatemala*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resoluciones del 16 de noviembre de 2009, 17 de agosto de 2009 y 10 de julio de 2007.

²⁷ CIADH, caso *Tiu Tojín*, *op. cit.*, párr. 42.

Cabe resaltar que María y Josefa Tiu Tojín pertenecían a la población maya, y su desaparición forzada forma parte del patrón sistemático de crímenes cometidos por parte del ejército en contra de los miembros de dicha población. Sin embargo, en este caso la Corte no entró a considerar la relación de los hechos en examen con los actos de genocidio perpetrados en Guatemala, ni analizó las afectaciones específicas a la identidad cultural.²⁸

Finalmente, con la sentencia del 24 de noviembre de 2009 sobre la *Masacre de las Dos Erres*, y a pesar de un reconocimiento parcial de responsabilidad por parte del Estado también en este caso,²⁹ la Corte profundizó el análisis del fenómeno de la desaparición forzada de niños en el marco de la práctica sistemática de violaciones cometidas contra menores durante el conflicto,³⁰ concentrándose sobre la violación del derecho a la protección de la familia, derecho al nombre y derechos del niño, reconocidos en los artículos 17, 18 y 19 de la Convención Americana. En palabras de la Corte, durante el conflicto existió «un patrón de separación de niños de sus familias, posteriormente a las masacres perpetradas por las fuerzas armadas, y de sustracción y retención ilegal de estos niños, en algunos casos por los propios militares. Además, está establecido que dicha práctica implicó, en muchos casos, que se le cambiara el nombre y [se] negara la identidad de los niños».³¹

El caso concierne a la masacre de 251 habitantes del parcelamiento de Las Dos Erres, la Libertad, departamento de Petén, perpetrada entre 6 y 8 de diciembre de 1982 por miembros del grupo especializado del ejército de Guatemala denominados Kaibiles. En el contexto de la masacre, uno de los Kaibiles que participó en ella sustrajo a un niño superviviente de seis años (Ramiro Osorio Cristales) y, tras haberlo mantenido aproximadamente dos meses en la escuela de Kaibiles, se lo llevó a su casa y lo registró con sus apellidos (Ramiro Fernando López).³² La madre y la hermana biológicas del niño fueron ejecutadas durante la masacre en presencia de Ramiro.

²⁸ Para un análisis de las afectaciones específicas a la identidad cultural indígena, véase CIADH, caso *Masacres de Río Negro*, *op. cit.*, párrs. 154-165.

²⁹ CIADH, *Masacre de las Dos Erres*, *op. cit.*, párrs. 22-38. En el presente caso, el señor Marco Antonio Garavito Fernández, director de la Liga Guatemalteca de Higiene Mental, participó como perito y declaró sobre los efectos que la separación de sus familias y la alteración de su identidad tiene en los niños «desaparecidos», así como las medidas que el Estado debería adoptar para hacer frente a este fenómeno (párr. iv).

³⁰ *Ídem*, párrs. 170-177.

³¹ *Ídem*, párr. 177.

³² Debido a que Guatemala reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 9 de marzo de 1987, la Corte se declaró competente para conocer las violaciones sufridas por Ramiro Osorio Cristales a partir de esa fecha. CIADH, *Masacre de las Dos Erres*, *op. cit.*, párr. 50.

En 1999, Ramiro Osorio Cristales descubrió que tenía familia biológica que no había muerto en la masacre (un hermano, un abuelo, tíos y tías) y, tras haber establecido su parentesco con una prueba de ADN, se reencontró con la familia de origen. El 15 de mayo de 2002 recuperó su nombre.

Como se ha anticipado, la Corte centró su análisis de las violaciones padecidas por Ramiro Osorio Cristales en la consideración del derecho a la protección de la familia, derecho al nombre y derechos del niño. Con respecto al derecho a la protección de la familia (art. 17), el tribunal reiteró que «el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño».³³ En cuanto al derecho al nombre (art. 18), la Corte lo considera un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, y subrayó que «los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia».³⁴ Además, la Corte aclaró que «el Estado tenía la obligación de adoptar todas aquellas medidas positivas que fueran necesarias para garantizar que Ramiro Osorio Cristales pudiera ejercer y disfrutar plenamente de su derecho a vivir con su familia biológica, así como de su derecho al nombre que le dieron sus padres. Estos derechos, y la correspondiente obligación del Estado de garantizar su ejercicio y goce, son permanentes y existen para el Estado a partir del 25 de mayo 1978, cuando Guatemala ratificó la Convención Americana».³⁵ Finalmente, el tribunal consideró que, a la luz del artículo 19 de la Convención Americana, Guatemala tuvo una responsabilidad agravada por haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de menores.

Entre otras medidas de reparación, la Corte ordenó a Guatemala la creación de una página web de búsqueda de menores sustraídos y retenidos ilegalmente en el conflicto interno, en la cual, mediante la implementación de una base de datos, se difundieran los nombres y apellidos, posibles características físi-

³³ *Ídem*, párr. 188.

³⁴ *Ídem*, párr. 192.

³⁵ *Ídem*, pár 195.

cas y todos los datos con los que se cuente de dichos menores, así como, previo consentimiento informado, los de sus familiares.³⁶ La Corte otorgó a Guatemala un año de tiempo para adoptar esta medida reparatoria, la cual, como varias otras ordenadas en el caso, todavía no se cumple.³⁷

Por lo que concierne a El Salvador, la Corte Interamericana ha adoptado hasta la fecha dos importantes fallos relativos a casos de niños víctimas de desaparición forzada durante el conflicto.

Las sentencias emitidas sobre el caso de las hermanas Serrano Cruz tienen el mérito de abordar por primera vez en la Corte Interamericana el fenómeno de la desaparición forzada de niños durante el conflicto salvadoreño, aunque el razonamiento jurídico no es demasiado elaborado a causa del enfoque restringido adoptado por la Corte, parcialmente motivado por la limitación temporal de la competencia del tribunal por parte de El Salvador.³⁸ Asimismo, cabe señalar la actitud negativa mantenida a lo largo del procedimiento por El Salvador, que pretendió desconocer en todo momento que se haya producido la práctica concernida y ha llegado hasta a cuestionar en público la mera existencia de las hermanas Serrano Cruz, víctimas del caso.³⁹ Ernestina y Erlinda Serrano Cruz (de siete y tres años) fueron capturadas, secuestradas y sometidas a desaparición forzada a partir del 2 de junio de 1982, por mano de militares del batallón Atlacatl, durante un operativo conocido como «Operación Limpieza» o «Guinda de Mayo». Su desaparición formó parte de una práctica sistemática

³⁶ *Ídem*, párrs. 271-274. De acuerdo con la Corte, «el objetivo de dicha página web será brindar orientación y acompañamiento a instituciones o asociaciones nacionales dedicadas a la búsqueda de menores sustraídos y retenidos ilegalmente durante el conflicto interno, así como a particulares que se dirigen a ella buscando a dichos niños o con la sospecha de ser un menor sustraído y retenido ilegalmente durante el conflicto interno, y para facilitar el reencuentro con sus familiares». Además, la Corte indicó que la página web debe proporcionar enlaces nacionales e internacionales con otras páginas web de otros Estados, de instituciones o asociaciones nacionales y de organismos internacionales dedicados a la búsqueda de menores sustraídos y retenidos ilegalmente en conflictos internos, con el fin de propiciar la formación y desarrollo de una red internacional de búsqueda y colaborar con ella.

³⁷ CIADH, caso *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del 4 de septiembre de 2012.

³⁸ El Salvador reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 6 de junio de 1995, declarando: «El Gobierno de El Salvador, al reconocer tal competencia, deja constancia que su aceptación se hace por plazo indefinido, bajo condición de reciprocidad y con la reserva de que los casos en que se reconoce la competencia *comprende[n] sola y exclusivamente hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de Aceptación*» (las cursivas son nuestras). En su sentencia sobre excepciones preliminares (*supra* nota 20), la Corte admitió las excepciones interpuestas por el Estado sobre su competencia *ratione temporis*.

³⁹ CIADH, *Hermanas Serrano Cruz*, *op. cit.*, párr. 154 e).

de desaparición de niños en ocasión de operativos militares antisubversivos. Cuando el caso llegó ante la Corte, la suerte y el paradero de las dos hermanas permanecían desconocidos y no se había juzgado ni sancionado a ningún responsable de los hechos.

Por las razones antes expuestas, la Corte se limitó a declarar la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana) en relación con el artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de las hermanas y de sus familiares, y del artículo 5 en perjuicio de los familiares. No se pronunció sobre las alegadas violaciones al derecho a la protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño y derecho a la vida. Entre las medidas de reparación ordenadas destacan la designación de un día nacional dedicado a los niños desaparecidos durante el conflicto, la creación de una página web de búsqueda⁴⁰ y de un sistema de información genética que permita obtener y conservar datos genéticos que coadyuven a la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y sus familiares y a su identificación,⁴¹ y la adopción de medidas para asegurar la efectividad de la Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños Desaparecidos a consecuencia del conflicto armado en El Salvador, establecida entre tanto por decreto del presidente de la República (núm. 45 del 5 de octubre de 2004).⁴²

El proceso de cumplimiento de la sentencia resulta particularmente complicado,⁴³ en especial a raíz de una actitud hostil por parte del Estado al real reconocimiento de responsabilidad y de la existencia del fenómeno de desaparición de niños. Por ejemplo, por lo que concierne a la designación de un día dedicado a los niños desaparecidos durante el conflicto, el 29 de septiembre de 2005 el Estado emitió el Decreto Legislativo núm. 829 en que declaraba el 29 de marzo de cada año «Día del Reencuentro Familiar de los Niños y Niñas que *por diversos Motivos se Extraviaron durante el Conflicto Armado*». La Corte In-

⁴⁰ *Ídem*, párrs. 189-191. La Corte proporcionó indicaciones muy detalladas sobre las características que debe cumplir dicha página web y, en particular, indicó que el Estado debe «coordinar, desde la referida página web, enlaces nacionales con las diferentes autoridades e instituciones estatales y no estatales [...], así como enlaces internacionales con otras páginas web de otros Estados, de instituciones o asociaciones nacionales y de organismos internacionales dedicados a la búsqueda de niños y jóvenes desaparecidos, con el fin de propiciar, participar y colaborar con la formación y desarrollo de una red internacional de búsqueda».

⁴¹ CIADH, *Hermanas Serrano Cruz*, *op. cit.*, párrs. 192-193.

⁴² *Ídem.*, párrs. 183-188.

⁴³ CIADH, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resoluciones del 22 de septiembre de 2006, 3 de julio de 2007, 8 de diciembre de 2009 y 3 de febrero de 2010.

teramericana consideró que este nombre incumplía con lo ordenado al no incluir ninguna referencia explícita al fenómeno de desaparición forzada. Finalmente, mediante Decreto Legislativo núm. 197 del 5 de enero de 2007, y gracias también a la labor de la Asociación Pro-Búsqueda,⁴⁴ se ha logrado que el 29 de marzo se conmemore el «Día Nacional dedicado a los Niños y Niñas Desaparecidos durante el Conflicto Armado». Asimismo, en ocasión de la ceremonia pública supuestamente organizada para reconocer la responsabilidad internacional del Estado y pedir perdón a la familia de las hermanas Serrano Cruz, el representante del Estado se limitó a «lamentar» la ocurrencia de los hechos, sin pedir disculpas a los familiares. Fue necesaria una segunda ceremonia para que se cumpliera lo ordenado por la Corte.

Hasta el presente, las medidas que han resultado de más difícil cumplimiento son la investigación de los hechos y la sanción de los responsables, el establecimiento de una página web de búsqueda y de un sistema genético de información, así como de una Comisión Nacional de Búsqueda realmente eficaz.

En particular, con respecto a la Comisión Nacional de Búsqueda de niños desaparecidos a consecuencia del conflicto armado en El Salvador,⁴⁵ en su primera composición dicha comisión no cumplía con los requisitos establecidos por la Corte Interamericana, entre otros por no contar con la participación de representantes de instituciones de la sociedad civil.⁴⁶ Mediante Decreto Ejecutivo núm. 108 del 29 de septiembre de 2008, se extendió el funcionamiento de la Comisión hasta el 31 de mayo de 2009; y el Decreto Ejecutivo núm. 5 del 15 de enero de 2010 extendió su mandato por otros dos años. En su composición actual, la Comisión comenzó su labor de investigación a finales de 2011 y está integrada por tres miembros designados por el presidente de la República, uno de los cuales propuesto por la Asociación Pro-Búsqueda.⁴⁷ La finalidad esencial de este organismo es investigar y determinar el paradero y situación de los menores desaparecidos durante el conflicto armado y propiciar su reencuentro con la familia de origen en un contexto de respeto a la dignidad de las víctimas.⁴⁸

⁴⁴ *Ídem*, párr. iv.

⁴⁵ Datos e información completa en la página web de la Comisión: www.cnbelsalvador.org.

⁴⁶ En este sentido véase GTDF, «Informe sobre la misión en El Salvador», *op. cit.*, párrs. 46-51.

⁴⁷ *Ídem*, párr. iv.

⁴⁸ En 2013 el GTDF emitió un informe de seguimiento de las recomendaciones contenidas en su informe sobre la visita al país llevada a cabo en 2007 y, refiriéndose a la Comisión, indicó que: «celebra la existencia de esta Comisión pero resalta que esta no cuenta con los recursos humanos, económicos y legales necesarios y suficientes para cumplir efectivamente sus funciones. Adicionalmente, no

Sin embargo, la labor de la Comisión Nacional de Búsqueda ha comenzado a producir frutos, tal y como resulta de la etapa de cumplimiento de la sentencia adoptada por la Corte Interamericana del 31 de agosto de 2011 sobre el caso *Contreras y otros v. El Salvador*. Este fallo representa un avance tanto por la actitud positiva demostrada por el Estado, que permitió a la Corte ampliar considerablemente su análisis jurídico de las múltiples violaciones relacionadas con la desaparición forzada de niños, como por algunos resultados importantes conseguidos en la ejecución de las medidas de reparación ordenadas.

En el caso citado se trata la desaparición de seis niños (Gregoria Herminia, Serapio Cristian y Julia Inés Contreras, respectivamente de cuatro años y tres meses, un año y ocho meses y cuatro meses; Ana Julia y Carmelina Mejía Ramírez, respectivamente de catorce y siete años; y José Rubén Rivera Rivera de tres años) perpetrada entre 1981 y 1983 por parte de miembros de diferentes cuerpos militares, en el contexto de «operativos de contrainsurgencia» durante el conflicto, en el marco de una práctica de desaparición sistemática y posterior apropiación de menores cuyo objetivo era, entre otros, suprimir la identidad a los niños de familias consideradas «guerrilleras». Sin embargo, cuando el caso llegó ante la Corte, gracias a la labor de la Asociación Pro-Búsqueda⁴⁹ se había establecido el paradero de Gregoria Herminia Contreras y se había determinado que un militar se había apropiado de la niña, registrándola como parte de su familia en la alcaldía municipal de Santa Ana el 16 de mayo de 1988, y luego la había sometido a varias formas de violencia física, psicológica y sexual, incluyendo maltratos físicos, explotación laboral, humillaciones y amenazas. En una ocasión, su apropiador violó a la niña con un cuchillo.

En el trámite del caso ante la Corte, El Salvador realizó un amplio reconocimiento de responsabilidad internacional, y señaló que «en el contexto del pasado conflicto armado que tuvo lugar en el país entre los años de 1980 y 1991, se produjo un patrón sistemático de desapariciones forzadas de niños, niñas y jóvenes, en diferentes zonas, especialmente en aquellas afectadas en mayor

existe en El Salvador un banco de datos genéticos que pueda facilitar futuras identificaciones» (GTDE, «Informe de seguimiento a las recomendaciones», doc. A/HRC/22/45/Add.3 del 1 de marzo de 2013, párr. 8).

⁴⁹ *Ídem*, párr. iv. El 13 de diciembre de 2006, a través de un comunicado de prensa, la Asociación Pro-Búsqueda hizo público el reencuentro entre María Maura Contreras, Fermín Recinos y Gregoria Herminia Contreras. A raíz de este reencuentro, pudo determinarse lo sucedido a Gregoria Herminia a partir del 25 de agosto de 1982.

medida por enfrentamientos armados y operativos militares»⁵⁰ y, durante la audiencia pública, pidió públicamente perdón a Gregoria Herminia Contreras «por el dolor inconmensurable ocasionado por agentes del Estado [...] que trajo tan trágicas consecuencias para ella y sus familiares, así como por el desamparo que le impuso la indiferencia de las instituciones del Estado a lo largo de su vida».⁵¹

En su sentencia, la Corte Interamericana determinó que los posibles destinos de los niños después de la separación de su familia y de su desaparición pueden clasificarse de la siguiente forma: 1) adopciones en las que existe un proceso formal dentro del sistema judicial, la mayoría de las cuales se asignaron a familias extranjeras, principalmente de Estados Unidos, Francia e Italia; 2) adopciones «de hecho» o «apropiaciones», consistentes en casos en que familias salvadoreñas se hicieron cargo de los niños pero jamás formalizaron la adopción del niño; 3) casos de «apropiación» por parte de militares, quienes los incluyeron en sus familias como hijos, aunque en la mayoría de los casos los niños fueron utilizados para trabajos domésticos o agrícolas; 4) niños que crecieron en orfanatos sin acompañamiento y sin que los encargados intentaran encontrar a los parientes; y 5) niños que crecieron en instalaciones militares. Por otra parte, se han recopilado evidencias que indicarían que algunos niños desaparecidos fueron víctimas de un tráfico ilegal. Por último, también se han localizado niños fallecidos.

Además, la Corte declaró que el hecho de haber quedado bajo el control de efectivos militares en el transcurso de una operación militar produjo una afectación a la integridad psíquica, física y moral de los niños al generarles sentimientos de pérdida, abandono, intenso temor, incertidumbre, angustia y dolor, los cuales pudieron variar e intensificarse dependiendo de la edad y las circunstancias particulares. Igualmente, según la Corte «al tratárselos como objetos susceptibles de apropiación se atenta contra su dignidad e integridad personal, siendo que el Estado debería velar por su protección y supervivencia, así como adoptar medidas en forma prioritaria tendientes a la reunificación familiar».⁵² Asimismo, considerando específicamente la práctica de la sustracción ilegal de los niños de sus padres biológicos, el tribunal estableció que esta «pone en riesgo la vida, supervivencia y desarrollo de los niños, este último entendido

⁵⁰ CIADH, *Contreras y otros*, *op. cit.*, párr. 6. Sin embargo, en su allanamiento, El Salvador declaró «su aceptación de la competencia de la Corte [...] para el caso específico de *Gregoria Herminia Contreras y otros*, objeto de la demanda, sin ninguna limitación temporal».

⁵¹ *Ídem*, párr. 22.

⁵² *Ídem*, párr. 86.

de una manera amplia que abarca aquellos aspectos relacionados con lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social».⁵³

La Corte declaró a El Salvador responsable de las desapariciones forzadas de los seis niños, reconociendo la violación de los derechos establecidos en los artículos 7, 5.1, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1. La Corte también observó que correspondía al Estado la protección de la población civil en el conflicto armado y especialmente de los niños, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y riesgo de ver afectados sus derechos. Los agentes estatales actuaron totalmente al margen del ordenamiento jurídico, utilizando las estructuras e instalaciones del Estado para perpetrar las desapariciones forzadas. En consecuencia, existieron injerencias en la vida familiar que no solo tuvieron un impacto sobre los menores desaparecidos, al ser sustraídos y retenidos ilegalmente vulnerando su derecho a permanecer con su núcleo familiar y establecer relaciones con otras personas que formen parte de este, sino que también generaron y continúan generando afectaciones específicas en cada uno de los integrantes de las familias, así como en las dinámicas propias de cada una de las familias. Por ello, la Corte concluyó que El Salvador violó el derecho a la protección de la familia reconocido en el artículo 17.1 y el artículo 11.2 (derecho a la honra y dignidad) de la Convención en perjuicio de los familiares de los seis niños desaparecidos y de los mismos niños. En el caso de estos últimos, las disposiciones fueron violadas en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana. Además, considerando la falta de medidas adecuadas por parte del Estado para determinar la suerte y el paradero de las víctimas y juzgar a los responsables, la Corte declaró violados los artículos 7.6, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 en perjuicio de los seis niños.

En el caso de Gregoria Herminia Contreras, quien fue localizada en el año 2006, la Corte consideró que su desaparición forzada concluyó al momento en que se determinó su identidad. Asimismo, el tribunal sostuvo que el hecho de que el militar que se apropió de Gregoria Herminia Contreras le asegurara que a sus padres los habían matado en el contexto del conflicto le generó intenso sufrimiento psicológico. Con respecto a las formas de violencia física, psicológica y sexual y de explotación laboral a las cuales Gregoria fue sometida por parte de su apropiador, la Corte declaró que «el conjunto de malos tratos sufridos por Gregoria Herminia, su edad, las circunstancias de su desaparición y la imposibilidad de recurrir a su propia familia para protegerse, la colocaron

⁵³ *Ídem*, párr. 90.

en un estado de alta vulnerabilidad que agravó el sufrimiento padecido. La Corte resalta que Gregoria Herminia Contreras padeció los referidos actos de violencia durante casi 10 años, es decir, desde la edad de 4 hasta los 14 años». ⁵⁴ En razón de lo anterior, el tribunal declaró una violación del artículo 5.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Gregoria Herminia Contreras. Asimismo, debido a que las personas que se apropiaron de la niña a la edad de cuatro años la registraron bajo datos falsos, alterando, entre otros aspectos, parte del nombre y el apellido que le habían dado sus padres biológicos, datos con los cuales ha vivido desde entonces, el Estado es responsable por la violación del artículo 18 de la Convención, en relación con su artículo 1.1. En particular, la Corte reconoció que, si bien el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana, la afectación del derecho a la identidad en las circunstancias del caso implicó un fenómeno jurídico complejo que abarca una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores sustraídos y sus familiares, que se traducen en actos de injerencia en la vida privada, así como afectaciones al derecho al nombre y a las relaciones familiares. ⁵⁵ De tal forma, concluyó respecto de Gregoria Herminia Contreras que, en tanto el Estado realizó injerencias en su vida privada y familiar y faltó a sus deberes de respeto y garantía de aspectos íntimos de la personalidad —como el derecho al nombre— así como de factores que abarcan su interrelación con otros —el derecho a la protección de la familia—, el Estado violó los artículos 11.2, 17, 18 y 19 de la Convención Americana. La Corte consideró que el conjunto de violaciones de la Convención Americana establecidas configuran una afectación o pérdida del derecho a la identidad de Gregoria Herminia Contreras. Analizando las secuelas específicas determinadas por la desaparición de niños y su posterior registración bajo información falsa, la Corte indicó que este fenómeno «irradia sus efectos en dos sentidos: por un lado, para el niño o niña apropiado, a quien se le imposibilita buscar a

⁵⁴ *Ídem*, párr. 102.

⁵⁵ Sobre el derecho a la identidad, véanse párrs. 103-118. En particular, la Corte consideró que «sustraer a una menor de edad de su entorno familiar y cultural, retenerla ilegalmente, someterla a actos de violencia y violación sexual, inscribirla con otro nombre como propio, cambiar sus datos de identificación por otros falsos y criarla en un entorno diferente en lo cultural, social, religioso, lingüístico, según las circunstancias, así como en determinados casos mantenerla en la ignorancia sobre estos datos, constituye una violación agravada de la prohibición de injerencias en la vida privada y familiar de una persona, así como de su derecho a preservar su nombre y sus relaciones familiares, como medio de identificación personal. Más aún cuando el Estado no ha adoptado con posterioridad ninguna medida destinada a reunificarla con su familia biológica y devolverle su nombre e identidad» (párr. 116).

su familia y conocer su identidad biológica y, por el otro, a su familia de origen, a quienes se les obstaculiza el ejercicio de los recursos legales para restablecer la identidad biológica y el vínculo familiar y hacer cesar la privación de libertad [...]. Esta violación solo cesa cuando la verdad sobre la identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, el vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes».⁵⁶

Finalmente, la Corte declaró la violación del artículo 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de los familiares de los niños desaparecidos.

Las medidas de reparación ordenadas por la Corte en el caso resultan de particular interés, sobre todo por lo que concierne a la restitución de identidad a niños víctimas de desaparición forzada. Así, el tribunal ordenó a El Salvador, entre otras cosas, efectuar una búsqueda seria, con todos los esfuerzos necesarios para determinar el paradero de los cinco niños todavía desaparecidos; celebrar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; designar tres escuelas con los nombres de los niños desaparecidos víctimas en el caso concreto; realizar un audiovisual documental sobre la desaparición forzada de niños durante el conflicto, con mención específica del caso juzgado por la Corte y de la labor de la Asociación Pro-Búsqueda;⁵⁷ y adoptar las medidas adecuadas para garantizar a los operadores de justicia y a la sociedad salvadoreña el acceso público, técnico y sistematizado a los archivos que contienen información relevante para la investigación en causas seguidas por violaciones de los derechos humanos durante el conflicto. Con respecto a Gregoria Herminia Contreras, la Corte ordenó a El Salvador adoptar todas las medidas adecuadas para la restitución de la identidad, incluyendo nombre y apellido y demás datos personales; activar y utilizar los mecanismos diplomáticos disponibles para coordinar la cooperación con Guatemala para facilitar la corrección de la identidad de la víctima en los registros de dicho Estado; garantizar las condiciones para el retorno a El Salvador de manera permanente de la víctima cuando así lo desee.

Un resultado de extraordinaria importancia —conseguido tras la adopción del fallo de la Corte y mediante la actuación de la Comisión Nacional de Búsqueda y nuevamente gracias a la labor de la Asociación Pro-Búsqueda— es que se localizaron otros dos de los niños desaparecidos (José Rubén Rivera Rivera

⁵⁶ *Ídem*, párr. 89.

⁵⁷ *Ídem*, párr. iv.

y Serapio Cristian Contreras).⁵⁸ En marzo de 2012 se localizó a José Rubén Rivera Rivera en los Estados Unidos de América y se lo identificó mediante prueba de ADN, aunque su identidad actual —asignada por su familia adoptiva— y su dirección se mantienen bajo reserva de confidencialidad a solicitud del interesado. El Salvador expidió un pasaporte salvadoreño a la víctima y ofreció cubrir los gastos de su traslado a El Salvador en caso de reencuentro con la familia biológica.

Serapio Cristian Contreras fue localizado e identificado mediante prueba genética por parte de la Asociación Pro-Búsqueda, y el 9 de agosto de 2012 se reencontró con su familia biológica. El joven había sido adoptado por una familia en El Salvador y lo habían asentado bajo otro nombre.

Asimismo, con respecto a Gregoria Herminia Contreras, que está viviendo en Guatemala, se ha declarado ineficaz la filiación contenida en la partida de nacimiento asentada en forma fraudulenta (donde se la había registrado bajo el nombre de Gregoria de Jesús Molina) y se ordenó la inscripción de una nueva partida con su verdadero nombre. Además, se le expidieron un nuevo documento de identidad y un pasaporte con su verdadero nombre y sin referencia alguna a su identidad anterior. El Salvador está coordinando la corrección de la identidad de la víctima en los documentos en los registros de Guatemala, y adoptando las medidas para garantizar el retorno permanente de la víctima a El Salvador.

A pesar de estos logros extremadamente significativos, muchas de las medidas de reparación ordenadas por la Corte permanecen pendientes de acatamiento. En particular, no parece que se haya avanzado en la investigación, identificación, juzgamiento y sanción de los responsables de las desapariciones forzadas de los seis niños.

El papel de las organizaciones de la sociedad civil en la búsqueda e identificación de los niños víctimas de desaparición forzada en El Salvador y Guatemala

Como ya se ha mencionado, tanto El Salvador como Guatemala cuentan con asociaciones y organizaciones de la sociedad civil que trabajan especialmente sobre el tema de los niños desaparecidos y que a lo largo de los últimos veinte años han alcanzado resultados considerables.

⁵⁸ CIADH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del 14 de mayo de 2013.

En El Salvador, la Asociación Pro-Búsqueda de Niños Desaparecidos⁵⁹ fue creada en el mes de agosto de 1994 con el propósito de dar a conocer la problemática de los niños desaparecidos y establecer su paradero. La iniciativa fue inspirada y fomentada por el sacerdote jesuita Jon Cortina y por un grupo de personas que formaban parte de la comisión local de derechos humanos en Chalatenango, quienes, tras los Acuerdos de Paz, decidieron acompañar a madres y padres de niños desaparecidos en su búsqueda, con la esperanza de encontrarlos con vida. En 1994 se logró encontrar a cinco niños que habían desaparecido en el noreste del departamento de Chalatenango en el marco del operativo militar conocido como «Guinda de Mayo». Los cinco niños encontrados habían sido trasladados por la Cruz Roja Salvadoreña al hogar Aldeas S.O.S., en la ciudad de Santa Tecla, departamento de La Libertad, donde habían crecido como huérfanos. El 16 de enero de 1994 se llevó a cabo el reencuentro entre los cinco jóvenes y sus familias de origen en la ciudad de Guarjila, Chalatenango. Desde ese entonces, centenares de familiares de niños desaparecidos durante el conflicto recuperaron la esperanza de poder encontrar con vida a sus seres queridos. La Asociación Pro-Búsqueda ha registrado 921 casos de niños víctimas de desaparición forzada durante el conflicto, aunque la cifra no puede considerarse definitiva debido a que varias familias solo ahora se están animando a denunciar los casos de sus hijos.⁶⁰ En 382 de los casos se han podido establecer la suerte y el paradero de los niños y, en muchas ocasiones, organizar los reencuentros con sus familias biológicas.⁶¹

Además de los importantes resultados alcanzados en la localización e identificación de niños desaparecidos durante el conflicto, Pro-Búsqueda ha presentado varias peticiones ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos, entre las cuales las dos relativas a los casos decididos hasta la fecha por la Corte Interamericana. Asimismo, el establecimiento de la Comisión Nacional de Búsqueda⁶² también puede considerarse un logro de la asociación, que luchó durante una década para conseguir que se creara y luego para tener un representante en dicha institución, cosa que finalmente se logró

⁵⁹ Datos e información completa en la web de la organización: www.probusqueda.org.sv.

⁶⁰ Según información difundida por la Asociación Pro-Búsqueda, a lo largo de 2012 han recibido 31 nuevas denuncias de desaparición forzada de menores.

⁶¹ En 52 de los casos, los niños víctimas de desaparición habían fallecido. Sin embargo, al conocer la verdad sobre su suerte, las familias de origen han podido llevar a cabo ceremonias fúnebres de acuerdo con sus creencias y costumbres y comenzar el proceso de elaboración del duelo. Entre enero y agosto de 2013 se han llevado a cabo tres reencuentros familiares.

⁶² *Ibidem*.

a partir de 2010.⁶³ Para tratar de identificar a niños desaparecidos durante el conflicto que hayan sido adoptados en el extranjero, Pro-Búsqueda ha colaborado con más de 175 personas adoptadas en países como Estados Unidos, Italia, Francia, Bélgica, España, Suiza, Holanda, Honduras y Guatemala, poniéndolos en contacto con sus familias en El Salvador. Desde el 18 de octubre de 2012, Pro-Búsqueda y la Cancillería de El Salvador han firmado un convenio de cooperación interinstitucional, cuyo objetivo es articular las gestiones necesarias de coordinación y cooperación entre la asociación y el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de representaciones diplomáticas y consulares salvadoreñas en el exterior, a fin de facilitar el reencuentro con su familia biológica de aquellos niños desaparecidos a los que se localice en el extranjero.

En el caso de Guatemala, la asociación de la sociedad civil más activa sobre el tema de los niños desaparecidos durante el conflicto armado es la Liga Guatemalteca de Higiene Mental, que desde 1999 cuenta con un programa conocido como «Todos por el reencuentro».⁶⁴ En este contexto, se tienen en proceso de investigación más de 800 casos de menores desaparecidos en el conflicto cuyo paradero posiblemente se encuentre en Guatemala, y unos 250 casos de menores que fueron dados en adopción en otros países (en particular en Canadá, Estados Unidos, Francia, Bélgica, Italia, Noruega, Holanda, Dinamarca y Suiza). En estos años, en el marco del programa se han acompañado más de 380 reencuentros entre los jóvenes desaparecidos y sus familias biológicas. La Liga Guatemalteca de Higiene Mental facilita tanto la investigación de casos como la asistencia psicosocial a los jóvenes localizados y a sus familias biológicas, y el acompañamiento para la reintegración después de los reencuentros. Asimismo, brinda asesoramiento jurídico a los familiares de los menores desaparecidos. Como se ha señalado más arriba,⁶⁵ representantes de la Liga Guatemalteca de Higiene Mental han participado en procedimientos ante la Corte Interamericana (en particular, en el caso de la *Masacre de las Dos Erres*) y han declarado sobre los efectos que la separación de sus familias y la alteración de

⁶³ La labor de la organización fue obstaculizada durante varios años por parte de las autoridades. Entre varios episodios se puede mencionar que, el 4 de noviembre de 2004, un grupo de madres y familiares de menores desaparecidos durante el conflicto marcharon pacíficamente a la casa presidencial, con el objetivo de ser recibidos por el entonces presidente Elías Antonio Saca. A unos 500 metros de dicho lugar, la delegación de familiares fue detenida por una barrera de alambre de púa y dos pelotones de la Unidad de Mantenimiento del Orden de la Policía Nacional Civil.

⁶⁴ Una información completa se puede obtener en la web de la organización: http://ligadehigienemental.org/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=64.

⁶⁵ Declaraciones del señor Marco Antonio Garavito Fernández, director de la Liga Guatemalteca de Higiene Mental, en su comparecencia como perito en el caso *Masacre de las Dos Erres*.

su identidad tiene en los niños víctimas de desaparición durante el conflicto, apropiados y sometidos a adopciones ilegales. Se puede inferir que estas declaraciones han influido en el análisis jurídico llevado a cabo por la Corte en el caso y en las medidas de reparación particularmente detalladas.

Además, una asociación que desempeña un importante papel en la búsqueda de víctimas de desaparición forzada de personas en Guatemala es la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de Guatemala (FAMDEGUA), que se estableció en los años ochenta con el objetivo de «unificar a parientes cercanos» tratando de establecer la suerte y el paradero de sus seres queridos desaparecidos. Si bien el enfoque de FAMDEGUA no es específicamente el de la desaparición de niños durante el conflicto, la organización ha tenido un rol determinante en la búsqueda, identificación y posterior reunión con las familias biológicas de algunos niños víctimas de esta práctica, y ha impulsado varias iniciativas para obtener justicia tanto a nivel nacional como internacional.⁶⁶

Finalmente, ya se ha referido que, en el caso guatemalteco, la ODHAG ha desempeñado un papel fundamental tanto en la investigación y posterior denuncia de las características y la magnitud de la desaparición forzada de niños durante el conflicto, como en el apoyo a la sociedad civil. En la actualidad, la ODHAG cuenta con un «área de reconciliación» que, entre otras cosas, se ocupa de la búsqueda de niños desaparecidos, con el objetivo de facilitar la reparación individual, familiar y comunitaria mediante procesos de búsqueda y localización de los menores desaparecidos, y acompañamiento psicosocial y jurídico a los jóvenes localizados y a sus familiares. La ODHAG trabaja conjuntamente con las organizaciones de la sociedad civil.

Conclusiones

Yo pensaba que había quedado solo en este mundo. Pensé que no había más familia. Pero, no, gracias a Dios tengo familia, y fue muy bonito y triste a la vez porque los tuve que dejar.

Declaración de Ramiro Osorio Cristales
en la audiencia pública ante la Corte Interamericana
de Derechos Humanos el 14 de junio de 2009,
en el caso de la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*.

El fenómeno de la desaparición forzada de niños, a veces seguido por su apropiación, falsificación, ocultamiento o destrucción de documentos y la poste-

⁶⁶ En el caso de Ramiro Osorio Cristales ya comentado, la iniciativa que llevó a su localización en 1999 había partido de FAMDEGUA.

rior adopción, tiene características jurídicas específicas. Si en una desaparición forzada, en general, se violan, entre otros, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de la víctima, su derecho a la libertad y a la seguridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el derecho a la vida, en el caso de una desaparición y posterior apropiación de menores se vulneran también los derechos a la familia, al nombre, a la identidad y, en general, a las medidas de protección especiales requeridas por la condición de menor.

Así, las afectaciones producidas por este crimen tienen características peculiares y consecuencias de largo plazo tanto para los niños involucrados como para sus familias biológicas y, de alguna manera, para la sociedad en su conjunto.

Esta práctica abominable fue utilizada de manera generalizada y sistemática durante los conflictos internos en Centroamérica, en particular en los años ochenta. Gracias sobre todo a la incansable labor de organizaciones de la sociedad civil en El Salvador y Guatemala, a la fecha se han logrado localizar e identificar por medio de pruebas de ADN aproximadamente 750 jóvenes originarios de los dos países. En 700 casos se han llevado a cabo reencuentros familiares.

Sin embargo, las organizaciones de la sociedad civil no solo luchan para establecer la verdad sobre la suerte y el paradero de sus seres queridos. Su actividad pretende también obtener justicia y llegar al juzgamiento y la sanción de los responsables de estos crímenes, en aras de evitar la repetición de dichas violaciones. Frente a la situación de impunidad que caracteriza a ambos países, se han llevado numerosos casos ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En este contexto, la Corte Interamericana ha emitido varios fallos de interés, ordenando a los dos países responsables medidas de reparación que comprenden la creación de páginas web de búsqueda de los niños desaparecidos durante el conflicto o de Comisiones Nacionales de Búsqueda, así como el establecimiento de un día nacional dedicado a los niños desaparecidos durante el conflicto o la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar la recuperación de la identidad y el nombre de los niños desaparecidos y apropiados y posteriormente identificados. Asimismo, en todas sus sentencias sobre estos casos la Corte ordenó a los Estados investigar sin mayor dilación, de forma seria y efectiva, los hechos que originaron las violaciones declaradas, con el propósito de juzgar y, eventualmente, sancionar a los responsables. Cabe señalar que esta medida queda sin cumplir en todos los casos aquí examinados. La falta de justicia agrega ulteriores secuelas psicológicas y daños emocionales para las víctimas e impide la construcción de un futuro diferente. La reconstrucción de la identidad de un niño sometido a desapa-

rición forzada y posterior apropiación no puede ser completa sin el castigo de los responsables, como resulta de la solicitud formulada ante la Corte Interamericana por parte de un niño sometido a desaparición forzada a los seis años, cuya identidad fue falsificada y que tuvo que crecer en el hogar de uno de los responsables de la ejecución arbitraria de su madre y hermana: «Que se haga justicia, en la voz de todos los que ya no están, que se haga justicia con los que quedamos ahorita que están vivos».⁶⁷

⁶⁷ CIADH, *Masacre de las Dos Erres*, *op. cit.*, párr. 210.

Desaparición forzada y trata de niñas. Visión jurídica desde Mesoamérica

Santiago Corcuera Cabezut

En el mes de diciembre de 2013 se realizó la novena Caravana de Madres Centroamericanas en búsqueda de sus hijos desaparecidos en tránsito por México. Según informes periodísticos, «alrededor de sesenta mujeres de Honduras, Nicaragua, El Salvador y Guatemala realizan el recorrido migrante de sus familiares por Centroamérica, México y hasta EE. UU., con la esperanza de encontrar a sus hijos y familiares desaparecidos».¹

María de la Luz Estrada, coordinadora del Observatorio Ciudadano Nacional del Femicidio, afirmó que «en año y medio, desde 2012 a mediados de 2013, hubo más de tres mil desapariciones de mujeres en México. Aquí lo preocupante es que poco más del cincuenta por ciento son mujeres menores de entre doce y diecisiete años de edad. Esto es un indicador para el tema de trata. Recuérdense que México está entre los tres países de América Latina con este problema de la trata de mujeres».² La Caravana de Madres «acusó que los migrantes son extorsionados por agentes de migración y por la policía, cuyos elementos en algunos casos los han entregado a grupos criminales».³

El propósito de este ensayo es demostrar la vinculación que, desde un ángulo jurídico y según los tratados internacionales en la materia aplicables en México, existe entre el crimen de desaparición forzada de personas y la trata de personas, dado que, como se desprende de las notas informativas transcritas, las niñas migrantes de origen centroamericano desaparecen en el territorio mexicano.

La desaparición forzada en el derecho internacional

Existen dos tratados internacionales que se refieren directamente a la desaparición forzada de personas, que son relevantes para Mesoamérica y particular-

¹ <http://iglesiasporlapaz.blogspot.mx/2013/12/pronunciamento-en-solidaridad-con-las.html>.

² <http://noticias.terra.com.mx/mexico/observatorio-ciudadano-alerta-por-aumento-en-desaparicion-de-mujeres,3b44b7388ced2410VgnVCM20000099cceboaRCRD.html>.

³ www.jornada.unam.mx/2011/11/01/politica/015n2pol.

mente para México: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (en adelante, Convención Interamericana) y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (en adelante, Convención de la ONU). Asimismo, lo es el Estatuto de Roma, mediante el cual se creó el Tribunal Penal Internacional (TPI), que incluye la desaparición forzada entre los delitos que pueden ser materia de enjuiciamiento ante dicho tribunal.

Los tres tratados mencionados contienen las siguientes definiciones de la desaparición forzada:

- *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo II*: «Para los efectos de la presente Convención, 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».
- *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 2*: «A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley».
- *Estatuto de Roma, artículo 7. 2 i)*: «Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado».

Respecto de las semejanzas y diferencias de estas tres definiciones, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias del Comité de Dere-

chos Humanos de la ONU ha emitido una observación general.⁴ El grupo de trabajo subraya la similitud sustancial entre las definiciones contenidas en los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos (es decir, entre la Convención Interamericana y la Convención de la ONU) y destaca las diferencias con la definición contenida en el Estatuto de Roma. A su juicio hay tres elementos de la definición del Estatuto de Roma que se alejan de las definiciones de las citadas convenciones, a saber:

- a) Que el Estatuto de Roma incluye a «grupos políticos» que, aunque no actúen con el apoyo, tolerancia o aquiescencia de agentes del Estado, pueden ser considerados responsables del crimen de desaparición forzada; mientras que, según el derecho internacional de los derechos humanos, para que se considere desaparición forzada es requisito indispensable que el sujeto activo del delito sea un agente del Estado o un particular que actúa con el apoyo, tolerancia o aquiescencia de agentes del Estado. Dado que, en el contexto de las desapariciones ocurridas actualmente en Mesoamérica y en otras regiones del mundo, se dan centenares de casos en los que las personas son secuestradas por agentes no estatales, sin participación de agentes del Estado, dichos casos no se pueden considerar desapariciones forzadas propiamente dichas. No por ello el Estado carece de responsabilidad, y por ello el artículo 3 de la Convención de la ONU estipula lo siguiente:

Artículo 3: Los Estados miembros tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables.

En el caso mexicano, como se ha indicado anteriormente, en muchas ocasiones son agentes policíacos los que detienen a las mujeres que migran y las entregan a los tratantes. Así pues, se cumple el elemento de participación de agentes del Estado en la privación de libertad, con lo que dichos casos podrían constituir desapariciones forzadas propiamente dichas si después de dicha detención y entrega se sigue la falta de información sobre el paradero o la suerte de las víctimas.

⁴ Contenido en el documento A/HRC/7/2; www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/GeneralComments.aspx.

- b) Para el derecho internacional de los derechos humanos no es necesario que se demuestre la intención (*mens rea*) del perpetrador de mantener a la víctima fuera de la protección de la ley, sino que se considera que la víctima queda automáticamente fuera de la protección de la ley como una consecuencia inmediata, directa y necesaria de la detención seguida de la falta de información sobre su suerte o su paradero. Esta concepción de la desaparición forzada favorece la protección de todas las personas contra la desaparición forzada.
- c) Para el derecho internacional de los derechos humanos, el elemento de temporalidad contenido en el Estatuto de Roma es irrelevante. El grupo de trabajo es enfático al señalar en la observación general ya mencionada: «Aunque el Grupo de Trabajo en su observación general sobre el artículo 10 de la Declaración ha mantenido que cualquier detención que se prolongue indebidamente constituye una violación de la Declaración, esto no significa que la Declaración permita una detención breve, ya que el Grupo de Trabajo aclara inmediatamente que una detención en que no se formulen cargos contra el detenido para que pueda comparecer ante la autoridad judicial constituye una violación de la Declaración».

Así pues, tomaremos como base principal para nuestro estudio la definición de desaparición forzada de la Convención de la ONU, e intentaremos demostrar su concurrencia con el crimen de trata de personas cuando existe alguna participación de agentes del Estado en la comisión de estos crímenes.

La trata de personas en el derecho internacional

El instrumento internacional que define el crimen de trata de personas es el protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, Protocolo):

Artículo 3: Definiciones. Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga

autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará «trata de personas» incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.
- d) Por «niño» se entenderá toda persona menor de 18 años.

La confluencia entre la desaparición forzada y la trata de personas

En este apartado se demostrará la confluencia de la desaparición forzada y la trata de personas en determinados casos.

El primer elemento de la definición de trata de personas se refiere a la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, mientras que en la definición de desaparición forzada según la Convención de la ONU se refiere al arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad. Sin duda hay una coincidencia entre las acciones de uno y otro caso, dado que «captación» y «traslado» pueden implicar un «secuestro» o, en términos genéricos, una privación de libertad.

La definición de desaparición forzada de la Declaración para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se refiere a las siguientes acciones constitutivas: «que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma». Como se puede observar, la definición de trata del Protocolo y la de desaparición forzada de la declaración de 1992 coinciden en la utilización de la palabra «traslado».

En efecto, la experiencia en Mesoamérica, y en especial en México, nos revela que los migrantes centroamericanos que transitan por el territorio mexicano con la intención de llegar a los Estados Unidos son capturados, detenidos y captados por agentes policíacos —por ejemplo, por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de migración— y posteriormente, en lugar de ser trasladados a una «estación migratoria» (denominación que reciben en México los centros de detención de migrantes indocumentados), son entregados me-

dian­te remunera­ción o sin ella a organiza­ciones criminales dedica­das a la trata de personas.⁵ Esto demuestra la posible concurren­cia del primer acto constitu­tivo de ambas conductas, desapa­rición forzada y trata de personas.

El siguiente elemento de la definición de trata de personas se refiere a la necesidad de que el captor realice la acción «recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación». Es de destacar el uso de la palabra «rapto». Es decir, la conducta se configuraría, por ejemplo, iniciándose con una captura o captación recurriendo al rapto. En la definición de desaparición forzada, la Convención de la ONU se refiere al arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad. Vemos que la Convención de la ONU no usa el término «rapto», pero sí usa «secuestro», que la Academia Española considera sinónimos. De cualquier modo, el rapto constituye, sin lugar a dudas, una forma de privación de libertad.

La definición de desaparición forzada no establece a qué medios recurre el perpetrador para conseguir la privación de libertad de la persona, mientras que la definición de trata contenida en el protocolo sí hace referencia a tales medios. Para que la conducta de desaparición forzada coincida con la de trata de personas es necesario que el captor recurra «a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación». Es decir, para que un fiscal pueda lograr convencer a un juez de que alguien ha cometido el delito de trata, tendrá que demostrar que el captor recurrió a dichos medios, mientras que para el caso de desaparición forzada los medios son irrelevantes, como también lo son los fines que persiga el captor. No así en el caso de trata.

Sin embargo, el Protocolo indica con claridad que, si la víctima fuera un niño, no será necesario probar que el perpetrador recurrió a los medios enunciados más arriba; es decir, se entiende como una presunción *jure et de jure* que una persona menor de dieciocho años que ha sido captada, transportada, trasladada, acogida o recibida con fines de explotación no puede expresar su voluntad libremente y que, aunque no sea amenazada, coaccionada o engañada, es víctima de trata de personas. Si la desaparición es de un niño y la víctima

⁵ www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/94735cf9dc1fc6e1994f97a442dafc5f.

está siendo explotada, sin duda habrá concurrencia de este elemento tanto de desaparición forzada como de trata de personas.

No obstante, para que pueda configurarse el crimen de trata de personas adultas, debe demostrarse que la finalidad del perpetrador es la explotación de la persona capturada, captada, trasladada o acogida. El fiscal tendrá que demostrar que la víctima mayor de edad fue capturada mediante determinados recursos y con el fin específico de explotación; mientras que, en el caso de la desaparición forzada, tanto los medios como los fines son irrelevantes, tal y como se señaló. Por ello, cuando los Estados miembros de las convenciones sobre desapariciones forzadas cumplan con su obligación de tipificar tal delito, no deben establecer fines como elementos del tipo.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas ya se ha pronunciado al respecto, al señalar que dentro del tipo o definición de desaparición forzada no debe incluirse la «intención» de mantener a la víctima fuera de la protección de la ley, como equivocadamente lo hace el Estatuto de Roma, sino que debe evitarse establecer cualquier clase de fin. En el caso mexicano, el Código Penal del estado de Oaxaca contiene una definición de desaparición forzada sumamente defectuosa, entre otras razones porque limita la configuración del delito de desaparición forzada a aquellas desapariciones que se cometen solamente con fines políticos, ya que establece lo siguiente:

348 bis D. Comete el delito de desaparición forzada quien, por orden o con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención, así como el servidor público que ordene, autorice o apoye la desaparición.

Esta definición contiene muchos defectos, entre ellos el incluir las palabras «por motivos políticos». Resulta particularmente grave que el estado de Oaxaca tenga una deficiente definición de desaparición forzada, dado que, por su ubicación geográfica —en buena parte del istmo de Tehuantepec—, se trata de una región por la que transitan migrantes centroamericanos y en la que se encuentran en una situación de vulnerabilidad muy aguda. No es gratuito que en Oaxaca, y en especial en el istmo de Tehuantepec, se encuentren establecidos centros o albergues administrados por organizaciones civiles y religiosas con la finalidad de proteger a los migrantes indocumentados que transitan por esos lugares.⁶ Con demasiada frecuencia, personas migrantes son captura-

⁶ Hermanos en el Camino: www.hermanosenelcamino.org/de-intereacutes.html.

das en esta región por agentes policíacos que las extorsionan y, como ya se ha dicho, en ocasiones las trasladan a centros clandestinos de detención, para luego entregarlas a grupos criminales dedicados a la trata de personas.⁷

Esas desapariciones forzadas no se realizan por motivos políticos, por lo que, si el responsable fuera un policía estatal o municipal, en estricto rigor no habría cometido el delito de desaparición forzada, no solamente por no estar incluido como posible perpetrador en el tipo penal, sino porque la detención seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima no la hizo con fines políticos sino con fines de explotación, y eso, que debiera ser irrelevante para la configuración del crimen de desaparición forzada, en el Código Oaxaqueño es un elemento del tipo penal.

En conclusión, los elementos constitutivos de desaparición forzada y de trata de personas pueden concurrir en cuanto a la detención, captura o traslado de personas con fines de explotación, pero no siempre es así. Es decir, si bien no todas las desapariciones forzadas se cometen con fines de explotación, puede suceder —y en realidad sucede— que algunas de ellas se realicen con tales fines.

Un elemento indispensable en el crimen de desaparición forzada es que la detención o privación de la libertad esté «seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida». Esta condición puede darse en la comisión del delito de trata de personas —y de hecho se da con frecuencia— aunque no constituye un elemento de necesaria presencia fáctica en dicho delito.

En efecto, en muchas ocasiones la víctima de trata de personas no se encuentra desaparecida forzosamente, pues puede encontrarse sometida a explotación por medio del engaño y las amenazas de sus captores y explotadores, y seguir en contacto con sus familiares de manera habitual. Por ello el Protocolo establece que «el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado *a*) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado». Una persona puede parecer estar realizando de manera voluntaria ciertas actividades, como el comercio de estupefacientes o la prostitución, pero hallarse bajo amenazas o sometida a coacción; es decir, estar actuando en virtud de fraude o engaño, o abuso de poder, tal y como lo señala el apartado *a*) del artículo 3 del Protocolo. Dicho inciso se refiere expresamente a que, a fin de obtener el consentimiento de una persona

⁷ www.milenio.com/policia/Policia-Federal-rescata-migrantes-Tamaulipas_o_163783890.html.

que tenga autoridad sobre otra, el perpetrador puede recurrir, por ejemplo, a la concesión o recepción de pagos o beneficios.⁸ En tales circunstancias, la víctima puede no hallarse desaparecida y, sin embargo, ser víctima de trata.

No obstante, en muchos otros casos, y en especial cuando se trata de niñas y personas migrantes, las víctimas son capturadas y mantenidas en centros de explotación sexual o laboral, sin posibilidad alguna de tener contacto con el exterior ni, por lo tanto, de dar a conocer a sus familiares dónde están o qué les está pasando. Este es el caso de tantas niñas centroamericanas que son buscadas desesperadamente por sus madres, tal y como se ha explicado en los primeros párrafos de este texto. Pasan por el territorio nacional y son capturadas por agentes del Estado, que las entregan a los explotadores y, posteriormente, tanto ellos como los particulares que actúan bajo su protección niegan haber cometido el acto, niegan tener información respecto del paradero de las víctimas, niegan conocer la situación a la que se encuentran sometidas. He escuchado afirmaciones en el sentido de que, en estados como Tlaxcala (México), se está sometiendo a explotación sexual a niñas centroamericanas, y que en muchas ocasiones son policías los clientes frecuentes de dichos establecimientos. Desde luego, cuando la caravana de madres pregunta a tales individuos si tienen conocimiento del paradero de su hija, mostrando una fotografía, el policía negará conocer a la víctima, negará toda información respecto del paradero o la situación de explotación a la que se encuentra sometida, a pesar de que lo sepa, a pesar de encubrir al explotador y de ser consumidor y, por lo tanto, partícipe, no solamente de desaparición forzada, sino de trata de personas.

Las víctimas sometidas a situaciones como las descritas en el párrafo inmediato anterior se hallan por completo desamparadas, alejadas de toda protección de la ley, con lo que se produce la consecuencia a que se refiere la última parte de la definición de desaparición forzada contenida en la Convención de la ONU, cuando señala: «sustrayéndola a la protección de la ley». Desde luego, también se da la consecuencia indicada en la definición contenida en la Convención Interamericana, cuando expresa: «con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes».

⁸ Véase Eva REYES IBÁÑEZ, «Hacia una reflexión de la trata de personas a la luz de los derechos humanos. Medios comisivos [*sic*] y el consentimiento de la víctima», en Rosi OROZCO (coord.), *Trata de personas*, 1.ª ed., México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011, págs. 151 y ss.

La cuestión aplicable específicamente a los niños

La Convención de la ONU contiene una estipulación directamente relacionada con la desaparición de niños que resulta relevante para el análisis que es objeto de este ensayo. El artículo en cuestión (núm. 25) prevé lo siguiente:

1. Los Estados partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente:
 - a) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada.
 - b) La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso a) *supra*.
2. Los Estados partes adoptarán las medidas necesarias para buscar e identificar a los niños mencionados en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo y restituirlos a sus familias de origen conforme a los procedimientos legales y a los acuerdos internacionales aplicables.
3. Los Estados partes se prestarán asistencia mutua en la búsqueda, identificación y localización de los niños a los que hace referencia el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo.
4. Teniendo en cuenta la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo y su derecho a preservar y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares reconocidas por la ley, en los Estados partes que reconocen el sistema de adopción u otra forma de colocación o guarda deberán existir procedimientos legales encaminados a revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de esos niños y, si procede, a anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada.
5. En toda circunstancia y, en particular, para todo lo que se refiere a este artículo, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial y el niño con capacidad de discernimiento tendrá derecho a expresar libremente su opinión, que será debidamente valorada en función de su edad y madurez.

Como es sabido, la razón histórica de este precepto se remonta a la situación de los niños víctimas de desaparición durante las dictaduras militares de los países del Cono Sur americano, que nacían durante el cautiverio de su madre, también sometida a una desaparición forzada. De allí lo que se expresa en

la segunda parte del inciso *a*) del párrafo 1 antes transcrito. Es emblemático el movimiento de las Abuelas de la Plaza de Mayo, que precisamente han hecho de la búsqueda de sus nietos nacidos en cautiverio la misión de su vida.

Sin embargo, no es este el escenario pertinente para los efectos de este ensayo, sino las circunstancias a que se refiere la primera parte del citado inciso, que dice: «la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada». En el contexto mesoamericano y en particular mexicano, en el que confluyen desapariciones y trata, puede darse el caso —y de hecho se da—⁹ de niños que son víctimas de desaparición forzada con el fin específico de explotación laboral y sexual, como ya se ha explicado anteriormente, pero también con el objetivo de «la extracción de órganos», tal y como lo expresa la parte final del inciso *a*) del artículo 3 del Protocolo.

Un niño puede ser «apropiado» mediante secuestro u otra forma de privación de libertad por agentes del Estado o por particulares con su aquiescencia, seguida de la negativa a proporcionar información sobre el paradero o la suerte de la víctima, con fines de explotación, específicamente para la extracción de órganos. De darse tales elementos, se cumplirían tanto los elementos constitutivos de la desaparición forzada como los de la trata de personas.

La desaparición y la trata cometidas por particulares sin apoyo de agentes del Estado

Como se ha podido demostrar en este breve análisis, la desaparición forzada y la trata de personas pueden confluir cuando el responsable del delito es un agente del Estado o un particular que actúa con su aquiescencia, tolerancia, apoyo o complicidad. Sin embargo, en muchos otros casos, tal vez en la mayoría, la trata de personas es cometida por agentes no estatales.

Al respecto, es importante resaltar el contenido de lo previsto en el artículo 3 de la Convención de la ONU, que establece lo siguiente:

Los Estados partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables.

⁹ www.animalpolitico.com/2013/01/mexico-reporta-casos-de-trata-para-la-extraccion-de-organos/#axzzz2nvxU2J8V; www.vanguardia.com.mx/XStatic/vanguardia/template/nota.aspx?id=1450515.

Es decir, cuando un particular sin aquiescencia del Estado priva de la libertad a alguien y después se niega a proporcionar información sobre el paradero o la suerte de la víctima, o se niega a reconocer la comisión del acto, no habrá cometido una desaparición forzada de personas *stricto sensu*, pero no por ello el Estado deja de tener responsabilidad al respecto. El Estado debe hacer frente a tal situación e investigar los hechos, sobre todo para lograr la localización de la víctima como un asunto prioritario, además de detener, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables.

La característica transfronteriza de las desapariciones y la trata de personas en Mesoamérica

El fenómeno de la confluencia de las desapariciones *in genere* y de la trata de personas en Mesoamérica, cometidas directa o indirectamente por agentes del Estado o no, requiere un tratamiento especial pues se trata de una situación que traspasa las fronteras no solo de las entidades federativas que componen la República Mexicana, sino también de los países de Mesoamérica.

Son varias las disposiciones de la Convención de la ONU y del Protocolo que exigen que se busque una solución a este problema mediante la cooperación internacional. Las disposiciones de la Convención de la ONU relevantes en este tema son las contenidas en los artículos 13, 14 y 15. Por su parte, el Protocolo contiene asimismo diversas estipulaciones relativas a la cooperación internacional, tales como los artículos 10 y 11.

Las disposiciones mencionadas se refieren, por una parte, a la cooperación que se deben los Estados entre sí para juzgar los crímenes materia de este estudio, y, por otra, a la cuestión relativa a la búsqueda y localización de las víctimas.

El artículo 15 de la Convención de la ONU establece lo siguiente:

Los Estados partes cooperarán entre sí y se prestarán todo el auxilio posible para asistir a las víctimas de las desapariciones forzadas, así como en la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, en la exhumación e identificación de las personas desaparecidas y la restitución de sus restos.

En lo que respecta a las disposiciones del Protocolo, estas ponen énfasis en la cooperación entre los Estados miembros para prevenir el transporte ilegal de personas, mediante políticas públicas de carácter migratorio que tengan por fin la identificación de las personas a través de la protección de la autenticidad de los documentos pertinentes.

La realidad actual en Mesoamérica hace que la implementación de tales disposiciones sea urgente. Particularmente, resulta imperativo que se instrumenten instructivos o protocolos de búsqueda de personas desaparecidas que tengan en cuenta los elementos que caracterizan a la trata de personas. Estos protocolos de búsqueda deberían acordarse mediante convenios internacionales de cooperación entre los Estados afectados por este flagelo en Mesoamérica. Por otra parte, por lo que se refiere a México y en virtud de tratarse de un Estado federado, las entidades que lo componen deberían también adoptar medidas legislativas y administrativas que permitan una eficaz colaboración entre las autoridades investigadoras a fin de obtener logros reales en la identificación de los centenares de cadáveres sin identificar que actualmente se hallan apilados en los diversos establecimientos de los servicios médicos forenses mexicanos, y a veces sepultados en fosas comunes,¹⁰ además de liberar a las personas —particularmente a las niñas— que se encuentran explotadas en los múltiples establecimientos de prostitución, como de manera muy notoria sucede en el estado de Tlaxcala.¹¹

El discurso gubernamental y la percepción de las víctimas

El Estado mexicano, a través del subprocurador de derechos humanos de la Procuraduría Federal de la República, en su comparecencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante las audiencias celebradas el 1 de noviembre de 2013, se refirió recurrentemente a estas cuestiones, al expresar que son varias las autoridades del Gobierno federal que reconocen la gravedad del problema de la desaparición de personas, un problema que ha rebasado a las autoridades y que es una de las tareas más delicadas que enfrentan las instituciones junto con los familiares y las organizaciones de víctimas de desaparición, que colaboran en la elaboración de una política integral de Estado que atienda a las necesidades y los enormes desafíos en políticas públicas y en avances normativos que esta problemática impone. Agregó que, en abril de 2012, el ejecutivo federal promulgó la Ley de Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas con el objeto de establecer y regular la

¹⁰ www.zocalo.com.mx/seccion/articulo/envia-semefo-a-fosa-comun-cuerpos-no-identificados-1367189938; <http://fundenl.org/?p=731>.

¹¹ <http://e-tlaxcala.mx/nota/2013-05-23/seguridad/dicen-que-tlaxcala-es-la-cuna-de-la-trata-de-personas>; <http://noticias.terra.com.mx/mexico/estados/municipios-de-tlaxcala-toleran-trata-de-personas-pgje,8e6564c8e4d4f310VgnVCM10000098cceboaRCRD.html>.

operación, funcionamiento y administración del Registro Nacional de Datos relativos a estas personas, y que en la Secretaría de Gobernación se cuenta con áreas especializadas en materia de personas desaparecidas y no localizadas encargadas de la coordinación con instancias federales, estatales y municipales, a fin de generar estrategias, líneas de política pública y programas de acción encaminados a brindar apoyo y atención integrales a los familiares de personas desaparecidas para la búsqueda y localización, preferentemente con vida, o, en su caso, la identificación de restos de personas buscadas.¹²

Asimismo, en lo que respecta a la trata de personas, en las audiencias mencionadas el Estado mexicano se refirió al compromiso del Gobierno para una urgente actuación del Estado, incluyendo la adecuación del marco normativo conforme a estándares internacionales. Entre otras aseveraciones, se hizo referencia a la elaboración de modelos de actuación para la investigación y sanción de ilícitos, a fin de trabajar de manera adecuada; al compromiso de definir políticas y línea de acción a nivel nacional; a la vigilancia y control de anuncios clasificados que promuevan conductas delictivas; a la vigilancia de lugares donde se lleva a cabo la trata; a la atención médica a las víctimas para contribuir a su adecuado tratamiento y rehabilitación médica y psicológica, y a su reintegración social.

Sin embargo, la percepción de los familiares de las víctimas y de organizaciones no gubernamentales es que el Estado mexicano, a través de sus representantes, se limita a pronunciar discursos políticamente correctos y congruentes con los estándares internacionales en estas materias, pero que en los hechos los resultados son prácticamente nulos,¹³ que las investigaciones son conducidas en realidad por los propios familiares de las víctimas,¹⁴ y que las autoridades competentes hacen caso omiso de sus reclamos y de las informaciones proporcionadas por los familiares que pudieran ser útiles para el esclarecimiento de los casos y el enjuiciamiento de los responsables.¹⁵

¹² Información obtenida del audio que puede escucharse en: www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=En&Session=132&page=2.

¹³ Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (IMDHD): «Peña “habla mucho y hace poco” en derechos humanos» (http://imdhd.org/boletines_detalle.php?id=10104).

¹⁴ «Con las desapariciones de nuestras hijas, las madres nos convertimos en abogadas, investigadoras y hasta psicólogas porque ni para eso sirve la Fiscalía, nosotros terminamos sabiendo más que ellos» (www.proceso.com.mx/?p=330795).

¹⁵ «falta de interés, por parte de los gobiernos federal y estatales de toda la República, por contar con una base de datos que nos ayude a localizar a nuestros familiares» (<http://fundenl.org/?p=731>).

La desaparición forzada de menores en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Elisenda Calvet Martínez

Introducción

La desaparición forzada es un fenómeno complejo, no sólo por su naturaleza y su carácter continuo, sino porque suele darse en un contexto general de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.¹ A menudo, las desapariciones forzadas a gran escala se producen en Estados afectados por conflictos armados internos —por ejemplo, El Salvador, Guatemala o Colombia— o como consecuencia de la represión de los opositores a un régimen autoritario, como fue el caso de Argentina, Chile o Uruguay, entre otros. En América Latina el fenómeno de las desapariciones forzadas fue una práctica habitual sobre todo en la década de los setenta y los ochenta, razón por la cual la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH) es bastante amplia y pionera en esta materia.

La cuestión de los menores sometidos a desaparición forzada o nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a desaparición forzada, o cuyos padres hayan sido objeto de una desaparición forzada, es de especial preocupación porque se refiere a niños que en su mayoría fueron dados en adopción, cuyos padres adoptivos eran incluso los propios captores o torturadores causantes de la desaparición forzada de los padres naturales.

La sustracción de menores de su núcleo familiar podía responder a diferentes motivos, entre ellos, aumentar el sufrimiento de la madre, no como medio de represión suplementario, sino para castigarla por ser una «opositora política» real o potencial a los ojos de los represores. En el caso de Argentina, el general Ramón Juan Alberto Camps, jefe de la Policía de la provincia de Buenos Aires entre 1976 y 1983, lo sintetizó en la siguiente frase: «Los padres subversi-

¹ Emmanuel DECAUX, «La problématique des disparitions forcées à la lumière des articles 2 et 3 de la CEDH». En C. A. Chassin (ed.), *La portée de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas: Bruylant, 2006, págs. 175-178.

vos educan a sus hijos para la subversión. Eso hay que impedirlo». ² Los responsables de la «guerra sucia» temían que los niños de padres desaparecidos creceran odiando al Ejército argentino, y que al crecer se convirtieran también en elementos subversivos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, lo resume de la siguiente manera:

En cuanto a los fines perseguidos con las sustracciones y apropiaciones ilícitas, éstos podían corresponder: *a*) a una forma de tráfico para adopción irregular de niños y niñas; *b*) a un castigo hacia sus padres o a sus abuelos de [por] una ideología percibida como opositora al régimen autoritario, o *c*) a una motivación ideológica más profunda relacionada con una voluntad de trasladar por la fuerza a los hijos de los integrantes de los grupos opositores, para[,] de esa manera, evitar que los familiares de los desaparecidos se puedan erigir un día en «elemento(s) potencialmente subversivo[s]». ³

La gravedad de este fenómeno es que los niños son las víctimas directas y el objeto mismo de las desapariciones forzadas. La desaparición de menores se dio con frecuencia en Argentina durante la dictadura militar entre 1976-1983, y se calcula que aproximadamente unos 250 menores fueron víctimas de la desaparición forzada. ⁴ Igualmente, en Guatemala, durante el conflicto interno que se extendió entre 1979 y 1983, los niños estuvieron expuestos a multiplicidad de violaciones a sus derechos humanos y fueron víctimas directas de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias, torturas, secuestros, violencia sexual y otras violaciones de sus derechos fundamentales. Las amenazas y torturas a las que los sometieron se utilizaron «como una forma de torturar a sus familias, lo cual tuvo un carácter de terror ejemplificante para éstos». ⁵

Entre 1980 y 1991, durante el conflicto armado interno en El Salvador, las desapariciones forzadas de menores formaron parte de un patrón sistemático en el que los niños eran sustraídos y retenidos ilegalmente por miembros de las

² *Disparus: Rapport à la Commission Indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Berger-Levrault, Nancy, 1986, pág. 29.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 63 (www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf).

⁴ Las Abuelas de la Plaza de Mayo habían podido documentar 208 casos y la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas de Argentina (CONADEP) recibió documentación de 43 casos, sin contar los que podían no estar incluidos en esas listas. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Estudio sobre la situación de los hijos menores de personas desaparecidas que fueron separados de sus padres y son reclamados por miembros de sus legítimas familias», *Informe Anual*, 1987-1988, cap. v.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Molina Theissen vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 4 de mayo de 2004, párr. 40.6.

fuerzas armadas en el contexto de operativos de contrainsurgencia, práctica que implicó, en muchos casos, la apropiación de los niños y su inscripción con otro nombre o con datos falsos.⁶

Finalmente, también hubo desapariciones forzadas de menores en el marco de la Operación Cóndor, que fue el nombre clave que se dio a la alianza entre las fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur durante la década de los setenta del siglo xx, en su lucha y represión contra personas designadas como «elementos subversivos». Las operaciones clandestinas incluyeron en muchos casos la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños, para lo cual mujeres embarazadas eran detenidas en el marco de las referidas operaciones y mantenidas vivas.⁷ En numerosos casos, los niños recién nacidos o nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros, después de hacer desaparecer o ejecutar a sus padres.

A continuación se examinará el marco jurídico internacional de protección de los menores contra las desapariciones forzadas en el ámbito del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos (apartado 2). Luego se analizarán brevemente los principales fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tratan sobre la desaparición forzada de menores (apartado 3), para posteriormente ver cuáles son los derechos fundamentales que se vulneran en estos casos, a saber, el derecho a la identidad, el derecho al nombre, el derecho a la protección de la familia y el derecho a la nacionalidad (apartado 4). El capítulo se cerrará con unas conclusiones extraídas del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la desaparición forzada de menores (apartado 5).

Marco jurídico internacional de protección de los menores contra las desapariciones forzadas

La sustracción de menores de sus padres desaparecidos constituye una vulneración del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho interna-

⁶ Sobre el contexto del conflicto armado interno, véase, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2011, párrs. 41 y ss.

⁷ Véanse, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de septiembre de 2006, 3, párrs. 61.5 a 61.8.; caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párrs. 44 y ss.

cional humanitario. Este último prevé medidas especiales a favor de la infancia en caso de que los menores hayan quedado huérfanos o estén separados de su familia a causa de un conflicto armado, y exige a los Estados que tomen las medidas oportunas para que no queden abandonados y para identificarlos mediante una placa de identidad.⁸ También prohíbe cualquier modificación del estatuto personal del menor⁹ y, en caso de cambios en el estado de las personas privadas de libertad —tales como nacimientos—, estos se deberán comunicar a la oficina de información de personas en poder de la parte en conflicto.¹⁰

El derecho internacional humanitario también reconoce el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, en el artículo 32 del Protocolo adicional I de 1977 y, en relación con las familias dispersas a causa de la guerra, establece que cada parte en conflicto facilitará la búsqueda emprendida por sus miembros con el fin de reanudar el contacto entre unos y otros y, si es posible, reunificarlas.¹¹ Asimismo, prevé que los miembros de una misma familia, en particular padres e hijos, deberán estar juntos en el mismo centro de detención¹² y, en caso de evacuación, también contiene unas disposiciones específicas contempladas en el artículo 78 del Protocolo adicional I de 1977. Por consiguiente, en un contexto de conflicto armado los menores tienen unas garantías fundamentales de protección y respeto de su persona en toda circunstancia.¹³

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos cabe destacar, entre otros instrumentos, la Convención sobre los Derechos del Niño,¹⁴ en la cual se establece que todo niño tiene derecho desde que nace a un nombre, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (artículo 7). Asimismo, la Convención prevé que los Estados se comprometan a respetar «el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas» (artículo 8), y que los Estados «velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la vo-

⁸ IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, del 12 de agosto de 1949, art. 24.l.

⁹ *Ídem*, art. 50.

¹⁰ *Ídem*, art. 136.

¹¹ Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 74; IV Convenio de Ginebra, *op. cit.*, art. 26.

¹² Protocolo adicional I de 1977..., *op. cit.*, art. 82.

¹³ Protocolo adicional I de 1977..., *op. cit.*, art. 75, y Protocolo adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, art.4.

¹⁴ Aprobada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Todos los Estados miembros de las Naciones Unidas (193) han ratificado la Convención, excepto Somalia y Estados Unidos.

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

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

En la misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969) establece en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a «las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado», así como el derecho al nombre (artículo 18), el derecho a la nacionalidad (artículo 20) y el derecho a la protección de la familia (artículo 17). Además, el artículo 11.2 dispone que «nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada» y en la de su familia.

La desaparición forzada de menores no respeta ninguna de estas disposiciones porque separa a los niños de sus padres biológicos contra su voluntad, se les niega su identidad al falsificar los documentos de adopción y de nacimiento, y supone una injerencia ilícita en la vida familiar, que queda para siempre truncada. La negativa por parte de las autoridades estatales a realizar una investigación efectiva de las circunstancias de las desapariciones forzadas y, en este caso particular, el hecho de no facilitar información sobre la suerte y paradero de los niños sustraídos de sus familias, causan a sus familiares una angustia y sufrimiento que han sido calificados por los distintos órganos internacionales de derechos humanos como trato inhumano o degradante.¹⁵

¹⁵ Entre otros, véanse: Comité de Derechos Humanos, caso *Almeida de Quinteros vs. Uruguay*, comunicación 107/1981, del 21 de julio de 1983, párr. 14; caso *El Albani vs. Libia*, comunicación 1640/2007, del 26 de julio de 2006, párr. 7.5; caso *Bashasha vs. Libia*, comunicación 1776/2008, del 20 de octubre de 2010, párr. 7.5; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Kurt vs. Turkey*, del 25 de mayo de 1998, párr. 98, Reports of judgments and decisions 1998-III; caso *Timurtaş vs. Turkey*, núm. 23531/94, párr. 98; caso *Varnava and others vs. Turkey* [GC], núms. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, § 202, ECHR 2009; caso *Aslakhanova and others vs. Russia*, núms. 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 y 42509/10, párrs. 133 y 142, 18 de diciembre de 2012; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake vs. Guatemala*, fondo, sentencia

La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1992,¹⁶ exige a los Estados prevenir y sancionar la apropiación de menores como consecuencia de una desaparición forzada:

Los Estados prevendrán y reprimirán la apropiación de hijos de padres víctimas de una desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres víctimas de la desaparición forzada y se esforzarán por buscar e identificar a esos niños para restituirlos a su familia de origen (artículo 20.1).

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

En cambio, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994) solo hace referencia a la cooperación interestatal «en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en este como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores» (artículo XII), sin mencionar ninguna medida que el Estado deba tomar en el ámbito nacional.

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006,¹⁷ es el primer instrumento jurídicamente vinculante de alcance universal que aborda específicamente la cuestión de la desaparición forzada de menores. El artículo 25 se centra en cinco cuestiones: 1) la prevención y sanción de la apropiación de niños sometidos a una desaparición forzada o nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a

del 24 de enero de 1998, párr. 114; caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 165; caso *Torres Millacura vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de agosto de 2011, párr. 142; caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de febrero de 2012, párr. 270.

¹⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 47/133, del 18 de diciembre de 1991.

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 61/177, del 20 de diciembre de 2006. La Convención entró en vigor el 23 de diciembre de 2010 y cuenta con 40 Estados miembros y 93 Estados signatarios (<https://treaties.un.org>; consultado en septiembre de 2013).

una desaparición forzada, o de niños cuyos padres hayan sido sometidos a una desaparición forzada, así como de la falsificación, ocultamiento o destrucción de los documentos de la verdadera identidad del menor; 2) la búsqueda e identificación de estos menores, que deberán ser restituidos a su familia de origen en la medida de lo posible; 3) la cooperación internacional entre Estados para la búsqueda, identificación y localización de estos niños; 4) la revisión de los procedimientos de adopción, con la posibilidad de anularlos en caso de tener su origen o relación en una desaparición forzada; y 5) todo ello, teniendo en cuenta el interés superior del niño y la opinión expresada libremente por el menor, principio básico que inspira todo el artículo.¹⁸

En la misma línea que la Convención Internacional de 2006, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDF)¹⁹ considera que la prevención y sanción de la apropiación de menores de padres sometidos a una desaparición forzada o nacidos en cautiverio de la madre sometida a una desaparición forzada, junto con los esfuerzos para establecer su identidad y devolver los menores a su familia de origen, así como la posibilidad de anular la adopción como consecuencia de la desaparición forzada teniendo en cuenta el interés primordial del menor, constituyen los mecanismos más adecuados para acabar con la desaparición forzada de menores.²⁰

Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la desaparición forzada de menores

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha podido conocer casos de desapariciones forzadas de menores en el contexto de los conflictos armados internos de El Salvador y Guatemala, así como en el marco de la Operación Cóndor llevada a cabo en Uruguay en colaboración con las autoridades argen-

¹⁸ Basándose en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que «los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose en cuenta sus opiniones en función de su edad y su madurez».

¹⁹ Creado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la resolución 20 (xxxvi) del 29 de febrero de 1980, el grupo de trabajo está compuesto por cinco expertos independientes para examinar cuestiones relativas a las desapariciones forzadas o involuntarias de personas. Desde entonces, su mandato se ha ido renovando periódicamente.

²⁰ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, «Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias», Doc. E/CN.4/2001/68, del 18 de diciembre de 2000, anexo III; «Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias», Doc. E/CN.4/2002/79, del 18 de enero de 2002, párr. 364.

tinias. En algunos casos, los menores desaparecidos fueron recuperados en vida pero con otro nombre y, por tanto, con una identidad falsa. En otros, su suerte y paradero siguen desconocidos. En ocasiones los menores de madres desaparecidas nacidos en cautiverio eran sustraídos de sus familias y llevados a otras familias pertenecientes a las fuerzas armadas o afines al régimen del poder. Se analizarán a continuación los principales fallos de la Corte sobre desaparición forzada de menores, lo cual permitirá al lector entender mejor el alcance de esta práctica tan aberrante.

Caso «Molina Theissen vs. Guatemala»

Marco Antonio Molina Theissen nació el 30 de noviembre de 1966 y tenía catorce años y diez meses en el momento de producirse su desaparición forzada. Vivía con su familia en ciudad de Guatemala. cursaba tercer año de secundaria en el Colegio Guatemalteco-israelí y aspiraba a terminar el bachillerato y realizar estudios universitarios. Los miembros de la familia Molina Theissen y otros de sus parientes participaban en los ámbitos administrativo, académico y político-social de la Universidad de San Carlos y eran identificados como opositores políticos o «subversivos» por parte de las fuerzas de seguridad.²¹

El 6 de octubre de 1981 dos individuos armados con pistolas automáticas entraron en la casa de la familia Molina Theissen en la ciudad de Guatemala, tomaron al niño Marco Antonio Molina Theissen, y se lo llevaron en una furgoneta verde con placa oficial. La detención y posterior desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen fue ejecutada por efectivos del ejército guatemalteco, presuntamente como represalia por la fuga de su hermana Emma Guadalupe Molina Theissen del cuartel militar Manuel Lisandro Barillas, y como castigo para una familia a la que consideraban enemiga.

En Guatemala, la mayor parte de las desapariciones forzadas fueron llevadas a cabo por el ejército, ya fuera actuando directamente o con la colaboración de las fuerzas paramilitares existentes en el momento. El informe «Hasta encontrarte: niñez desaparecida por el conflicto armado interno en Guatemala», de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, indica que el 92% de los casos de menores desaparecidos fueron responsabilidad del ejército, el 3% se adjudica al ejército actuando en conjunto con las Patrullas de Autodefensa Civil, y el 2% a la guerrilla. Del restante 3% de los casos se desco-

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Molina Theissen vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 40.7 y ss.

noce la autoría. En el 69% de las desapariciones forzadas de menores, tras ser separados de sus padres eran llevados a una unidad perteneciente al Estado y luego dados en calidad de servidumbre a los miembros del ejército y de las fuerzas armadas.²²

La Corte Interamericana, teniendo en cuenta el reconocimiento parcial de la responsabilidad internacional por parte del Estado, estableció que Guatemala había violado derechos consagrados en los artículos 4.1 (derecho a la vida), 5.1 y 5.2 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 17 (protección a la familia), 19 (derechos del niño) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que había incumplido las obligaciones establecidas en sus artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), en perjuicio de Marco Antonio Molina Theissen; asimismo, el Estado incumplió la obligación establecida en los artículos I y II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,²³ en perjuicio de Marco Antonio Molina Theissen.

Caso «*Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*»

Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, quienes tenían siete y tres años, respectivamente, fueron supuestamente capturadas el 2 de junio de 1982 por militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército salvadoreño durante un operativo militar conocido como «Operación Limpieza» o «Guinda de Mayo», el cual se llevó a cabo, entre otros, en el municipio de San Antonio de La Cruz, departamento de Chalatenango, desde el 27 de mayo hasta el 9 de junio de 1982.

²² Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG), *Hasta encontrarte: niñez desaparecida por el conflicto armado interno en Guatemala*, 2000, págs. 50-52.

²³ Artículo 1: «Los Estados partes en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención». Artículo 11: «Para los efectos de la presente Convención, 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».

Durante el mencionado operativo la familia Serrano Cruz se desplazó para salvaguardar su vida. El señor Dionisio Serrano y su hijo Enrique fueron a buscar agua a una quebrada cercana. Al quedarse solas, las niñas Ernestina y Erlinda comenzaron a llorar y fueron descubiertas por las patrullas de militares. Según declaró la señora Suyapa Serrano Cruz, hermana de las niñas, un soldado preguntó a otros si debían llevarse a las niñas o matarlas, a lo cual otro soldado respondió que se las llevaran. En cuanto se dejaron de oír ruidos, Suyapa empezó a buscar a sus dos hermanas y luego volvió su padre, quien también las buscó en los alrededores del lugar donde las había dejado.²⁴

El Estado interpuso cuatro excepciones preliminares, una de las cuales sobre incompetencia de jurisdicción *ratione temporis* de la Corte, al considerar que no podía juzgar hechos o actos anteriores al 6 de junio de 1995, fecha en la que El Salvador reconoció la competencia del tribunal mediante instrumento de ratificación ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. En consecuencia, la Corte resolvió que no se pronunciaría sobre la desaparición forzada de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, que supuestamente ocurrió en junio de 1982, ni, en consecuencia, sobre ninguno de los alegatos que sustentaron las violaciones relacionadas con dicha desaparición.²⁵ De modo que la Corte no entró a valorar las posibles violaciones de los artículos 17, 18 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, la Corte estimó que, al carecer de competencia para pronunciarse sobre la alegada desaparición forzada de Ernestina y Erlinda, no podía presumir que el derecho a la vida se había violado, como en otros casos en que los hechos alegados se basaban en el delito de desaparición forzada.²⁶ Para no entrar a conocer este aspecto, el tribunal también tuvo en cuenta el hecho de que consideraba que existían posibilidades de que las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz siguieran con vida, dado que la Asociación Pro-Búsqueda de Niños Desaparecidos había localizado con vida a todos los jóvenes desaparecidos en la Guinda de Mayo de 1982, cuando eran menores.²⁷

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de marzo de 2005, párr. 2.

²⁵ *Ídem*, párr. 26. La Corte siempre ha considerado la desaparición forzada como un delito complejo que comporta una violación múltiple de derechos humanos y que, al ser de carácter continuado o permanente, sigue cometiéndose mientras no se conozca la suerte o paradero de la persona desaparecida. Sin embargo, al aceptar la excepción de competencia de jurisdicción *ratione temporis*, el tribunal realizó una fragmentación del delito que le impidió conocer la desaparición forzada de forma completa, posición que también adoptó en el caso *Blake vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 86.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 130.

²⁷ *Ídem*, párr. 48.8.

No obstante, la Corte estimó que sí hubo violación del artículo 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) en relación con el artículo I.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana, respecto a las hermanas Serrano Cruz y los familiares, y del artículo 5 (derecho a la integridad personal), respecto de los familiares de las hermanas Serrano Cruz.

Caso «Gelman vs. Uruguay»

El presente caso reviste una particular trascendencia histórica, pues los hechos se enmarcan en un contexto de práctica sistemática de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya, en colaboración con autoridades argentinas, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la Operación Cóndor.²⁸ Las operaciones clandestinas incluyeron en muchos casos la sustracción y apropiación de niños, varios de ellos recién nacidos o nacidos en cautiverio, los cuales, una vez ejecutados sus padres, eran entregados a familias de militares o policías.²⁹

María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de nacionalidad argentina, y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff fueron detenidos junto con otros familiares y amigos el 24 de agosto de 1976 en Buenos Aires (Argentina) por militares uruguayos y argentinos. Al momento de su privación de libertad, María Claudia tenía diecinueve años y se encontraba en avanzado estado de embarazo (alrededor de siete meses). Fueron llevados al centro de detención y tortura clandestino conocido como «Automotores Orletti», en Buenos Aires. En octubre de 1976, María Claudia García fue trasladada de forma clandestina a Montevideo (Uruguay) por autoridades uruguayas en el denominado «segundo vuelo» y alojada en la sede del Servicio de Información de Defensa del Uruguay (SID). Más tarde la trasladaron al Hospital Militar, donde dio a luz a una niña. Su hija recién nacida fue sustraída y entregada ilícitamente a un policía uruguayo y su esposa, quienes la registraron como hija propia y le dieron el nombre de María Macarena Tauriño Vivian. El 31 de marzo de 2000, María Macarena tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, y así conoció los hechos que rodearon la desaparición de sus padres biológicos. La joven emprendió entonces las acciones legales pertinentes para recuperar su verdadera identidad, por lo que a partir del año 2005 adoptó el nombre de María Macarena Gelman García Iruretagoyena.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 44.

²⁹ *Ídem*, párr. 60.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos constató la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, como consecuencia de la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli. También declaró la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos del niño y a la nacionalidad, en perjuicio de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, por lo que constituyó una forma de desaparición forzada desde su nacimiento hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad. Finalmente estimó que hubo violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, en perjuicio del señor Juan Gelman, así como también de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con las normas pertinentes de la Convención.

Caso «Contreras y otros vs. El Salvador»

El caso trata de las desapariciones forzadas ocurridas entre los años 1981 y 1983 en el contexto de operativos de contrainsurgencia durante el conflicto armado ocurrido en El Salvador, en el cual se produjo un patrón sistemático de desapariciones forzadas de niños y jóvenes en diferentes zonas, especialmente en aquellas afectadas en mayor medida por enfrentamientos armados y operativos militares. Así, miembros de las Fuerzas Armadas salvadoreñas sustrajeron y retuvieron ilegalmente a Ana Julia Mejía Ramírez, de catorce años, y a Carmelina Mejía Ramírez, de siete años, a partir del 13 de diciembre de 1981; a Gregoria Herminia Contreras, de cuatro años y tres meses, a Serapio Cristian Contreras, de un año y ocho meses, y a Julia Inés Contreras, de cuatro meses, a partir del 25 de agosto de 1982, así como a José Rubén Rivera Rivera, de tres años, a partir del 18 de mayo de 1983. Hasta la fecha, y gracias a la labor de la Asociación Pro-Búsqueda de Niños Desaparecidos, se ha establecido únicamente el paradero de Gregoria Herminia Contreras en el año 2006, a quien un militar se la apropió y registró como parte de su familia en la alcaldía municipal de Santa Ana el 16 de mayo de 1988.

El Estado reconoció los hechos y su responsabilidad internacional por la violación a los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad y seguridad personal, a la protección de la familia, al nombre, a la identidad y a la protección de los niños, consagrados en los artículos 3, 4, 5, 7, 17, 18 y 19 de la Convención Americana.

La Corte destacó que, en el caso específico de niños separados de sus padres o familiares en el contexto de los conflictos armados, su apropiación, con fines diversos, se considera una consecuencia normal del conflicto armado o inherente a él,³⁰ lo cual sucedió en el caso de Gregoria Herminia. Al tratárselos como objetos susceptibles de apropiación «se atenta contra su dignidad e integridad personal, siendo que el Estado debería velar por su protección y supervivencia, así como adoptar medidas en forma prioritaria tendientes a la reunificación familiar».³¹ Además de considerar violados los derechos a la libertad personal (artículo 7) e integridad personal (artículo 5.1), la Corte declaró que la desaparición forzada ponía en riesgo la vida, la supervivencia y el desarrollo de los niños (artículo 4.1),³² además de vulnerar su derecho a la personalidad jurídica (artículo 3), todos ellos en relación con el artículo 1.1 (obligación de los Estados de respetar los derechos) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Concretamente respecto a Gregoria Herminia Contreras, la Corte determinó también que hubo violación del artículo 5.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, que prohíbe la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, como consecuencia del «conjunto de malos tratos, abusos físicos y psicológicos, vejámenes y sufrimientos que rodearon la vida de Gregoria Herminia durante su apropiación, así como los actos de violencia sexual a los cuales fue sometida estando bajo el control del militar Molina».³³

Asimismo, en relación con los menores desaparecidos y sus familiares, el Tribunal consideró que hubo vulneración del derecho a la familia (artículo 17.1) además de una violación agravada de la prohibición de injerencias arbitrarias y abusivas en la vida familiar, contemplada en el artículo 11.2 de la Convención Americana. A la luz del artículo 19 de esta, la Corte reiteró la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado miembro en la Convención «el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de niños que incluía la alteración de su identidad».³⁴ De modo que, respecto a Gregoria Herminia Contreras, el tribunal estimó que también se había vulnerado el derecho al nombre (artículo 18) y el derecho a la identidad, entendido como un derecho que «comprende va-

³⁰ Véase también la «Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas», aprobada por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones, Doc. A/HRC/WGEID/98/1, del 14 de febrero de 2013, párr. 5.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 86.

³² *Ídem*, párr. 90.

³³ *Ídem*, párr. 102.

³⁴ *Ídem*, párr. 117.

rios elementos, entre ellos, [...] la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares». ³⁵

Derechos humanos específicamente vulnerados en la desaparición forzada de menores

La desaparición forzada constituye una violación múltiple y continuada de derechos humanos fundamentales ³⁶ protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión y que es particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado, como ocurrió durante las dictaduras militares y los conflictos armados internos que tuvieron lugar en América Latina principalmente en los años setenta y ochenta. La práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*. ³⁷

La desaparición forzada de personas conlleva a menudo una violación del derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la libertad personal, así como también el derecho a un recurso efectivo y a la protección judicial, y de ese modo lo ha venido reconociendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su amplia jurisprudencia en la materia, junto con otros organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, cuando se trata de la desaparición forzada de menores se vulneran además otros derechos fundamentales, de entre los que cabe destacar en particular el derecho a la identidad, el derecho al

³⁵ *Ídem*, párr. 112.

³⁶ Véanse, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 155; caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 163; caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 128.

³⁷ Véanse, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 84; caso *Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 105; caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 75; caso *Torres Millacura vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 96; caso *Gonzalez Medina y familia vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 130. Véanse además: A. A. CAÑADO TRINDADE, «Enforced disappearances of persons as a violation of *jus cogens*: the contribution of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights», *Nordic Journal of International Law*, núm. 81, 2012, págs. 471-506; y J. SARKIN, «Why the prohibition of enforced disappearance has attained *jus cogens* status in international law», *Nordic Journal of International Law*, núm. 81, 2012, págs. 537-583.

nombre, el derecho a la protección de la familia y el derecho a la nacionalidad, los cuales se analizarán a continuación sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Derecho a la identidad

El derecho a la identidad, si bien no se encuentra expresamente recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos, puede definirse como un «conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso».³⁸ Estos elementos y atributos que componen la identidad personal comprenden aspectos tan variados como el origen o la «verdad biológica», el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, familiar y social de una persona, así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad.³⁹

La Corte interpreta este derecho a la luz del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (véase *supra*), el cual incluye el derecho a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares sin injerencias ilícitas. En opinión del juez Manuel E. Ventura Robles, el derecho a la identidad puede considerarse protegido por la Convención Americana a partir de una interpretación evolutiva del contenido de otros derechos consagrados en ella, en particular los artículos 17, 18 y 19.⁴⁰ El derecho a la identidad es inherente a todo individuo y no es un derecho exclusivo de los niños sino que «se encuentra en constante construcción, y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años».⁴¹

La afectación del derecho a la identidad en caso de desaparición forzada de menores implica un fenómeno jurídico complejo que abarca «una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares, que se traducen en actos de injerencia en la vida privada, así como afectaciones al derecho al nombre y a las relaciones familiares».⁴² A menudo los niños «res-

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 122.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, *op. cit.*, voto disidente del juez Manuel E. Ventura Robles respecto del punto resolutivo tercero, párr. 132.

⁴⁰ *Ídem*, párr. 5, y voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 20.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 113.

⁴² *Ídem*, párr. 114.

tituidos» mantienen dos cumpleaños (el biológico y el falso) al considerar que tienen dos familias y, además, el proceso de restitución de su identidad conlleva un proceso psicológico y social que requiere un tiempo de adaptación.⁴³

Además, la supresión de la identidad va estrechamente ligada al derecho a la personalidad jurídica, de forma que la violación de la identidad familiar de un menor que ha sido alterada ilegalmente como consecuencia de una desaparición forzada de uno de sus progenitores solo cesa «cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes».⁴⁴

Derecho al nombre

El derecho al nombre se encuentra reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en otros instrumentos internacionales,⁴⁵ y constituye «un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado».⁴⁶ De modo que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus progenitores sin que exista ningún tipo de injerencia ni restricción sobre la elección del nombre ni que este pueda ser modificado o cambiado sin su previo consentimiento. En el caso *Gelman v Uruguay*, María Macarena vivió con otro nombre e identidad durante más de veintitrés años, lo cual había servido a los autores para ocultar su verdadera identidad y a su vez la desaparición forzada de su madre, hasta que las autoridades uruguayas aceptaron su «nueva» afiliación y cambio de nombre, después de haber encontrado a su familia biológica. En el caso *Contreras vs. El Salvador*, la Corte estimó que las personas que se apropiaron de Gregoria Herminia Contreras a la edad de cuatro años la registraron con datos falsos el 16 de mayo de 1988 «alterando, entre otros aspectos, parte del nombre y el

⁴³ Ari E. GANDSMAN, «Retributive justice, public intimacies and the micropolitics of the restitution of kidnapped children of the disappeared in Argentina», *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 6, 2012, pág. 429.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 131.

⁴⁵ Véanse entre otros, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.2; la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, artículo 6.1, y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 127.

apellido que le habían dado sus padres biológicos»,⁴⁷ datos con los cuales había vivido desde entonces. El tribunal consideró que el Estado había violado el artículo 18 de la Convención Americana en relación con su artículo 1.1, en perjuicio de Gregoria Herminia Contreras, porque aún no había adoptado las medidas necesarias para realizar las modificaciones pertinentes en su registro y documento de identificación, incluyendo no solo el nombre y el apellido, sino también la fecha, el lugar de nacimiento y los datos de sus padres biológicos.

Protección de la familia

La desaparición forzada de menores conlleva necesariamente una separación de los niños de sus progenitores y constituye una injerencia arbitraria en la vida familiar. El artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho a la familia y establece que «el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar».⁴⁸ En caso de desaparición forzada de menores, el Estado está violando el derecho a la protección de la familia al no permitir ningún tipo de vínculo con la familia de origen y al romper todo lazo con ella por medio del cambio de nombre y de identidad del menor desaparecido.

La Corte también ha señalado que el menor «tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas».⁴⁹ El derecho a la protección de la familia está vinculado con el artículo 11.2 de la Convención Americana, que prohíbe las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, en el marco de la protección de la honra y dignidad de la persona. Es importante señalar que el Estado está obligado a adoptar medidas de protección de la vida familiar en virtud de la protección de los derechos del niño, contemplado en el artículo 19 de la Convención Americana, en aras del interés superior del niño. De modo que el Estado no solo debe abstenerse de interferir en las relaciones familiares, sino que además debe adoptar medidas positivas para preservar el núcleo familiar.

En situación de conflicto armado interno, el derecho internacional humanitario prevé medidas de protección específicas para los menores (véase *supra*) debido a su especial vulnerabilidad. La Corte, en el caso *Contreras vs. El Salva-*

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 110.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 125.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, *op. cit.*, párr. 106.

dor, estimó que «los agentes estatales actuaron totalmente al margen del ordenamiento jurídico, utilizando las estructuras e instalaciones del Estado para perpetrar la desaparición forzada de los niños a través del carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población considerados subversivos o guerrilleros, o de alguna manera contrarios u opositores al Gobierno». ⁵⁰ En consecuencia, existieron injerencias en la vida familiar que no solo tuvieron un impacto sobre los menores sustraídos y retenidos ilegalmente al vulnerar su derecho a permanecer con su núcleo familiar y establecer relaciones con otras personas que formen parte de él, sino que también generaron y continúan generando afectaciones específicas en cada uno de los integrantes de las familias, así como en las dinámicas propias de cada una de ellas.

El derecho a la nacionalidad

La desaparición forzada de menores puede conllevar también la violación del derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de la Convención Americana, el cual constituye el vínculo jurídico entre la persona y el Estado que permite al individuo ejercer sus derechos. Es de carácter inderogable e implica que el Estado debe «dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en esta». ⁵¹

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, el traslado ilícito a otro Estado de la madre de María Macarena Gelman en estado de embarazo frustró el nacimiento de la niña en el país de origen de su familia biológica, donde normalmente hubiese nacido, lo que tuvo como consecuencia que, mediante su supresión de identidad, adquiriera la nacionalidad uruguaya por una situación arbitraria, en violación del derecho reconocido en el artículo 20.3 de la Convención.

Conclusiones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que cuenta con una extensa jurisprudencia en materia de desapariciones forzadas de personas, ha podido

⁵⁰ *Ídem*, párr. 108.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 128.

conocer casos que afectan a menores en el contexto de los conflictos armados internos de El Salvador y Guatemala, así como de las desapariciones forzadas en el marco de la Operación Cóndor llevada a cabo en colaboración con varios países del Cono Sur. En algunos casos, los menores desaparecidos se han recuperado con vida, pero con otro nombre y, por tanto, con un cambio de identidad. En otros, su suerte y paradero siguen desconocidos. En ocasiones los menores han nacido en centros de detención donde estaba detenida su madre, y en otros casos han sido sustraídos de sus familias y llevados a otras familias pertenecientes a las fuerzas armadas o afines al régimen del poder.

Tanto el derecho internacional humanitario como el derecho internacional de los derechos humanos prevén disposiciones generales y específicas para la protección de los menores contra las desapariciones forzadas y, además, imponen a los Estados la obligación de tomar todas las medidas necesarias para prevenir que los menores sean sustraídos de sus familias de forma arbitraria y abusiva.

La desaparición forzada de menores conlleva una violación múltiple de derechos humanos fundamentales, de entre los cuales cabe destacar el derecho a la identidad, el derecho al nombre y el derecho a la protección de la familia, aunque también se vulneran el derecho a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, entre otros. El derecho a la identidad, aunque no se encuentra expresamente recogido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reviste especial importancia en estos casos puesto que este derecho permite individualizar a una persona en relación con su entorno y con la sociedad. Además, a menudo la restitución de la identidad biológica de estos niños es un proceso psicológico largo y complejo que implica muchas veces el arresto de las personas que los educaron. La desaparición forzada en estos casos se inicia con su nacimiento hasta el momento en que la persona recupera su verdadera y legítima identidad.

En definitiva, la desaparición forzada de menores afecta a un colectivo especialmente vulnerable respecto del cual el Estado tiene un deber concreto de protección que implica la no injerencia o abuso en la vida familiar, pero también la adopción de medidas adecuadas para proteger al menor y a su núcleo familiar.

PARTE IV
LAS DIFERENTES DESAPARICIONES FORZADAS
DE NIÑOS EN EUROPA

Noche y niebla. Mito y significado*

Rainer Huhle

(Alberich se coloca el yelmo mágico.)

El yelmo se ajusta a la cabeza: ¿ocurrirá el hechizo?

(En voz muy baja:)

Noche y niebla. ¡Ya no hay nadie!

(Su figura desaparece y en su lugar surge una columna de niebla.)

¿Puedes verme, hermano?

(Mime mira sorprendido a su alrededor.)

¿Dónde estás? ¡No puedo verte!

RICHARD WAGNER,
El oro del Rin (escena III).

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas considera, en su artículo 7, que el crimen de desaparición forzada, ya de por sí de extrema gravedad, puede considerarse particularmente grave cuando, entre otras circunstancias, la persona desaparecida sea una mujer embarazada o un menor. La lucha de las Abuelas de Plaza de Mayo por esclarecer el destino de los niños robados —sus nietos— es tal vez el ejemplo más conocido para ilustrar la importancia de este artículo de la Convención. A ello se agrega la cada vez más detallada información sobre el robo sistemático y legalizado de miles de niños de «los rojos» bajo la dictadura franquista en España. La práctica franquista tenía su base legal en la «Ley sobre inscripción de niños repatriados y abandonados» del 4 de diciembre de 1941. Solo tres días después, en la Alemania nazi, el general Keitel recibió la orden de Hitler conocida con el nombre de «Noche y niebla», que dio inicio a la desaparición clandestina de miles de personas por las autoridades alemanas. Vincular ambas prácticas criminales es sugestivo no solo por la coincidencia de las fechas, sino también por la macabra fascinación que ejerce la expresión «noche y niebla». Pero, en realidad, uno y otro proceso no tienen nada que ver. Sus propósitos ideológicos, sus funciones dentro de la consolidación de los respectivos regímenes represivos y sus formas legales son bien

* Traducción del alemán de Albert Royes.

diferentes. Y las personas víctimas de estas desapariciones forzadas son radicalmente distintas. Mientras que el objeto de la ley española eran exclusivamente los niños, estos quedaban fuera del alcance de la orden de Keitel, que apuntaba solo a los adversarios político-militares del régimen nazi. En el presente artículo busco aclarar, sobre la base de documentos originales y de la investigación histórica disponible, la realidad de la práctica nazi de «Noche y niebla», describir el origen y desarrollo del mito sobre estas dos palabras y ofrecer algunas conclusiones sobre el uso y abuso de la referencia a este procedimiento nazi en el contexto de la práctica de desaparición forzada en la actualidad.

Noche y niebla: el encanto de la aliteración

Nacht und Nebel, Night and fog, Nuit et brouillard o también *Noche y niebla...* Estas dos palabras siguen ejerciendo hoy día una macabra fascinación, especialmente en aquellos idiomas en los que, como en el original alemán pero también en español, mediante la aliteración evocan de inmediato su origen wagneriano. De hecho, se dice que, para dictar su infame orden *Nacht und Nebel*, el propio Hitler se habría inspirado en la figura del malvado enano Alberich, personaje de la ópera wagneriana *El oro del Rin* que podía hacerse invisible con su yelmo mágico.¹ En el juicio de Núremberg contra el Alto Mando del Ejército (*Oberkommando der Wehrmacht*),² el juez Dr. Lehmann,³ jefe del departamento jurídico, afirmó que el propio Hitler había exigido literalmente que aquellos opositores al régimen a quienes no se podía procesar en breve plazo fueran conducidos, *de noche y entre la niebla*, del otro lado de la frontera, a Alemania, donde debían permanecer aislados.⁴ En todo caso, lo cierto es que a finales de 1941 el mariscal de campo Keitel emitió una orden, cuyo nombre oficial era «Instrucciones del Führer y comandante supremo del Ejército para el enjuiciamiento de los crímenes contra el Reich o contra las fuerzas instaladas en los territorios ocupados», que desde 1942 era conocida en las comunicaciones inter-

¹ VAN DER KNAAP (2006a), pág. 15. También los propios detenidos compartían esta asociación con el Alberich de Wagner. Véanse TILLION (2001), pág. 192; LIE (1990), pág. 150.

² Denominación adoptada por las fuerzas armadas unificadas durante el Tercer Reich, de 1935 a 1945. (*N. del T.*)

³ Lehmann fue condenado a siete años de cárcel, aunque fue indultado en 1950.

⁴ *Nuremberg Trials* (NT), vol. XI, pág. 218. Para la declaración de Lehmann como testigo en el «proceso a los juristas», véase NT, vol. III, pág. 805.

nas entre autoridades del partido nazi como decreto *Noche y niebla*.⁵ Sin embargo, no es tan evidente hasta qué punto esta orden era conocida por quienes no formaban parte de las autoridades nazis durante la guerra. Más bien parece que la expresión *Noche y niebla*, que se había venido utilizando en alemán durante siglos para referirse a algún acontecimiento secreto,⁶ pasó a convertirse en una denominación para referirse a los atroces crímenes del nazismo en general.

Y no fue así solamente en Alemania, pues *Noche y niebla* es también el título de una publicación del banco de datos que, desde 1987, documenta en Colombia graves violaciones de los derechos humanos y sus víctimas.⁷ De modo similar, *Noche y niebla* es el nombre con el que se conoce un blog que mantiene la ONG Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH).⁸ Este mismo título lleva también el extenso informe sobre la tortura, las desapariciones forzadas y el sistema de justicia militar en México elaborado por esta organización.⁹ *Noche y niebla* fue asimismo el título de una película realizada en 2005 sobre los «desaparecidos» en Bolivia.¹⁰ Pero, incluso en investigaciones que no están directamente relaciona-

⁵ Véase, por ejemplo, el Documento 2521-PS (escrito de la oficina económica y administrativa principal de las SS en Oranienburg a los comandantes de diferentes campos de concentración, del 18 de agosto de 1942), reproducido, en su traducción inglesa, en: NT, vol. III, pág. 786.

⁶ El *Deutsche Wörterbuch* (Diccionario alemán) de Jacob y Wilhelm Grimm (Leipzig, 1864-1961) incluye en la palabra *noche* numerosas referencias literarias a la asociación *noche y niebla*.

⁷ En un artículo en el sitio web de esta publicación se relaciona estos dos vocablos *noche y niebla* con la realidad de la violencia política en Colombia de manera enormemente sugerente: «NOCHE Y NIEBLA registra una de las múltiples violencias que padece nuestro país: la violencia política, que tiene un efecto tan perturbador como dinamizador de otras que[,] a su amparo y con similares prácticas[,] se desarrollan.

»La noche y la niebla, otrora motivo de inspiración, se han convertido en símbolo del terror y la impunidad que acompañan las más graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en Colombia, cometidas por el Estado y los grupos paramilitares, y por los grupos guerrilleros.

»NOCHE Y NIEBLA evoca las engañosas apariencias de una guerra que profundiza en el terror. Seres misteriosos, conocidos unos y desconocidos otros, que[,] amparados en la penumbra de nuestra historia actual y con propósitos encubiertos[,] favorecen el miedo a través de ejecuciones extrajudiciales, homicidios fuera de combate, torturas, desapariciones forzadas, secuestros y otras abominables atrocidades.

»Noche que oculta la verdad y niebla que disemina la responsabilidad, la mimetiza con ultrajantes y amparados mecanismos de impunidad. Noche que encubre, enmascara y aterra[,] y niebla que distrae y confunde desdibujando la verdad. Noche que siembra amargura y odio[,] y niebla que duele y silencia. Noche y niebla que ofenden la conciencia universal» (www.nocheyniebla.org/node/9; consultado el 15/5/2013).

⁸ <http://blogs.eluniversal.com.mx/nocheyni/>.

⁹ CMDPDH (2009).

¹⁰ *Noche y niebla: Detenidos desaparecidos en Latinoamérica*, documental de Edwin Villca Gutiérrez y Rudy Menacho Monzón.

das con el tema de los «desaparecidos» —por ejemplo, en estudios sobre el neoliberalismo—, el uso de estas dos palabras resulta sumamente atractivo.¹¹ Hasta una película israelí sobre la ejecución nocturna de Adolf Eichmann, en que las autoridades israelíes esparcen en secreto sus cenizas en el mar, lleva el sugerente título de *Noche y niebla*.¹²

Es realmente difícil encontrar un texto que trate de las desapariciones forzadas en la actualidad y que no se refiera a su supuesto origen en la actuación *Noche y niebla* de los nazis.¹³ En la introducción al primer volumen de un documento de tres partes sobre violaciones de derechos humanos en Colombia, publicado en 1988 y que lleva por título «El camino de la niebla», ya se relacionaba esta práctica con las desapariciones forzadas ocasionadas por el decreto *Noche y niebla* de Hitler, hasta el punto de que ello se ha vuelto ya un lugar común.¹⁴ Con frecuencia, en sentencias de juicios actuales contra las violaciones de los derechos humanos se hace referencia a las leyes nazis como el origen de los crímenes de hoy en día.¹⁵ Presentando esas desapariciones forzadas como relacionadas con uno de los más execrables crímenes nazis, lo que se pretende es poner especialmente de relieve su horror y dramatismo. Solo en raras ocasiones, tras la referencia a las prácticas *Noche y niebla* de los nazis puede encontrarse un conocimiento detallado de lo que estas significaban exactamente dentro del régimen de terror del nacionalsocialismo.¹⁶ En lo que sigue, mostraré que esta relación no es errónea, pero que también puede dar lugar a malentendidos si quien la defiende no posee un conocimiento suficiente del sistema terrorista nazi.

¹¹ PINO-OJEDA (2011).

¹² *Nacht und Nebel*, una película de Dani Gal, 2011, 21 min.

¹³ A modo de ejemplo, véase SALAZAR (1999), pág. 16. A diferencia de la mayor parte de los autores, Salazar Palacio menciona que también en la Unión Soviética, bajo Lenin y Stalin, miles de seres humanos fueron «desaparecidos» y asesinados clandestinamente por la policía secreta.

¹⁴ «Ya se ha vuelto un lugar común, al analizar la práctica de la desaparición forzada de personas, la referencia al decreto Nach [*sic*] und Nebel (Noche y niebla) de Hitler. El título de este libro ha querido inspirarse en esa misma referencia» (Liga colombiana [1988], pág. 15)

¹⁵ Véase, por ejemplo, en Argentina, la sentencia contra Miguel Osvaldo Echeolatz (Tribunal oral en lo criminal federal núm. 1 de La Plata, 26 de septiembre de 2006, en: http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=73&Itemid=123, consultado el 23/5/2013), o la resolución del juez español Baltasar Garzón por la que incoa un procedimiento judicial contra 98 militares argentinos en 1999 (Auto de Procesamiento a 98 Militares Argentinos, Sumario 19/97-L, en: www.derechos.org/nizkor/arg/espana/gar.html, consultado el 23/5/2013).

¹⁶ Una excepción es MATTAROLLO (2010).

El lugar de los prisioneros-NN en el «universo de los campos de concentración»¹⁷

Ante el Tribunal Militar Internacional (TMI) que celebró sus sesiones en Núremberg desde noviembre de 1945 a octubre de 1946, se sentó en el banquillo, junto con otros veinte acusados, el mariscal de campo Wilhelm Keitel, quien desde 1938 hasta el final de la guerra fue el comandante en jefe del Ejército. El 7 de diciembre de 1941 —es decir, el mismo día del ataque a Pearl Harbor, que fue el motivo para que Hitler declarara la guerra a los Estados Unidos el 11 de este mismo mes— Keitel había recibido una «orden directa» del Führer. Aunque esta orden no constaba por escrito, Keitel la transmitió de inmediato en forma de «instrucciones» por los cauces reglamentarios.¹⁸ Por otra parte, Keitel emitió un reglamento secreto en el que daba directrices específicas para llevar a cabo dicha «orden directa».¹⁹ La propia existencia de esta orden y la responsabilidad de Keitel en su ejecución fueron objeto de amplios debates en el TMI.²⁰ Su finalidad esencial era, sobre todo tras el inicio de la guerra contra la Unión Soviética, combatir eficazmente la creciente actividad de la resistencia en los territorios de Europa Occidental ocupados por Alemania. Es decir, que el decreto *Noche y niebla* se refería exclusivamente a los ciudadanos de Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Noruega. Esta orden de Hitler, que Keitel no compartía —según testificó ante el TMI—, fue concebida y llevada a cabo como un importante elemento disuasorio contra actos de resistencia, bien mediante ejecuciones sumarias, bien mediante el arresto de las personas afectadas y su traslado con el mayor secreto a Alemania, donde, sin ninguna comunicación a sus familiares o ni siquiera a las autoridades de sus respectivos países, debían ser puestas a disposición de tribunales especiales, cuya sentencia debía también mantenerse en secreto. En los conflictos competenciales entre distintos organismos —militares o policiales— los diferentes tribunales y ministerios implicados, civiles o militares, actuaron de manera muy dispar e incluso de forma inconsecuente.²¹

¹⁷ David ROUSSET (1965). *L'Univers concentrationnaire*, París: Éditions de Minuit [París: Édition du Pavois, 1946].

¹⁸ Documento 090-L, en *Der Nürnberger Prozess* (NP), vol. 27, págs. 571 y ss.

¹⁹ «Reglamento para la aplicación de las instrucciones del Führer y comandante supremo de las Fuerzas Armadas para la persecución de las actividades delictivas contra el Reich o contra las fuerzas instaladas en los territorios ocupados» (Documento 669-PS, en NP, vol. 26, págs. 245 y ss.).

²⁰ NP, día 174. Martes, 9 de julio de 1946, vol. 18, págs. 28 y ss.

²¹ Para más detalles, véase GRUCHMANN (1981).

Sobre el número total de prisioneros *Noche y niebla* (en adelante, «prisioneros-NN») no existen cifras exactas, lo cual puede deberse tanto al hecho de que su número fuera enorme como a la competitividad entre los muchos aparatos represivos del régimen nazi. Una estimación bien fundamentada concluye que es probable que se hubieran detenido unas 7.000 personas en total.²² Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, de conformidad con el decreto de Hitler, los prisioneros-NN fueron puestos a disposición de los tribunales civiles, si bien tanto las SS como la Gestapo intentaron repetidas veces sustraerlos a los tribunales y llevarlos a campos de concentración, por lo que su número podría ser mucho mayor. Es posible que, por diversas razones, los prisioneros-NN acabaran encarcelados en campos de concentración o en secciones especiales de determinadas cárceles. Por otra parte, las SS o la policía podrían haberse opuesto desde el principio a las instrucciones de Keitel acerca del papel de estos tribunales, o bien esos detenidos podrían haber desaparecido en el camino, especialmente desde que, a partir de febrero de 1942, la Gestapo se encargó del transporte de prisioneros.²³ A todo eso hay que añadir que a algunos se los llevó ante tribunales especiales secretos o incluso ante el infame «tribunal popular», quienes, no obstante, o bien los absolvieron o bien los condenaron por delitos menores. Pero, aun en esos casos, tras su «liberación» se los puso en su totalidad en prisión preventiva y, por lo tanto, se los envió igualmente a campos de concentración. Este último grupo estaría ya incluido en la citada cifra de 7.000 prisioneros. La transferencia a prisión preventiva de personas absueltas o que hubieran cumplido condena era una práctica habitual del Estado nazi, más aún en el caso de los prisioneros-NN a causa de lo secreto de su detención. La suerte de este grupo debería decidirse una vez finalizada la guerra. A finales de 1944, cuando a causa de los bombardeos y del colapso militar el procedimiento *Noche y niebla* dejó de funcionar, la mayor parte de los prisioneros y, por consiguiente, también de los prisioneros-NN, fueron deportados a campos de concentración. En realidad, la distinción entre estos últimos y los restantes detenidos se perdió con el tiempo.

Los prisioneros-NN trasladados a campos de concentración fueron inicialmente reunidos en unos pocos campos debido al carácter secreto de su detención. Los resistentes luxemburgueses eran internados por lo general en el cercano campo de Hinzert, en Hunsrück (Renania-Palatinado). Allí se internó asimismo, desde mayo de 1942 a octubre de 1943, a cerca de 2.000 prisioneros-NN, en su mayoría franceses, pero también combatientes de la resistencia

²² GRUCHMANN (1981), pág. 354.

²³ *Ibidem*.

belga y holandesa, la mayor parte de los cuales procedía de la prisión de Tréveris. Desde Hinzert se los condujo más tarde a otras cárceles (Wittlich y Diez, entre otras), cerca de tribunales especiales (Colonia, Wittlich, etc.), o directamente a otros campos de concentración.²⁴ A otros deportados holandeses y noruegos se los llevó a Natzweiler, en Alsacia, adonde fueron a parar también numerosos franceses. Otro campo de prisioneros-NN estaba situado en Gross-Rosen,²⁵ en Silesia, al que a finales de 1944 se trasladó, desde la cárcel, a unos 1.500 prisioneros-NN, principalmente franceses y belgas.²⁶ También el campo de concentración de Ravensbrück incluía un sector reservado a mujeres prisioneras-NN.

Gracias a los recuerdos de algunos de ellos ha sido posible reconstruir en parte la verdadera situación de los prisioneros-NN.

El abogado Floris Bakels²⁷ era un cristiano combatiente de la resistencia holandesa, miembro del grupo Leeuwengarde, que tras la guerra fue cofundador de la Fundación Ana Frank en Ámsterdam. Detenido en abril de 1942, tras un breve periodo en la prisión de Scheveningen fue conducido al campo de internamiento para rehenes y presos «preventivos» en Amersfoort, cerca de Utrecht. Desde allí lo trasladaron a la cárcel de Utrecht, donde, en noviembre de 1942, un tribunal militar alemán juzgó a este grupo. Veintiún miembros del Leeuwengarde fueron condenados a muerte, aunque el proceso contra Bakels y otros diez miembros de este grupo se trató como una pieza separada del conjunto. Como el propio Bakels explica, los pusieron de nuevo en manos de las SS, al igual que tras su detención. Citando la orden de Keitel, escribe no obstante: «Quién inventó la expresión *Noche y niebla*, yo no lo sé».²⁸ Las SS dispusieron de esos miembros del grupo según sus arbitrarios criterios, y la mayoría de ellos acabaron internados en campos de concentración como prisioneros-NN. La experiencia de Bakels coincide con documentos oficiales alemanes de los que se desprende que las SS ignoraron sistemáticamente las disposiciones derivadas de la orden de Keitel respecto a la transferencia de miembros de la resistencia detenidos a los tribunales de justicia en los Países Bajos, según la cual estos prisioneros no estaban sometidos a la administración militar sino a la jurisdicción civil del comisario del Reich Seyss-Inquart, quien más tarde fue condenado a muerte en Núremberg.

²⁴ Centro de documentación sobre el nacionalsocialismo. Renania-Palatinado, 2005, pág. 7.

²⁵ *KL Gross-Rosen*, 2005, pág. 26.

²⁶ KONIECZNY (2002), pág. 320.

²⁷ BAKELS (1982).

²⁸ *Ídem*, pág. 131.

En apoyo a las investigaciones de L. de Jong, Bakels y sus compañeros supervivientes llegan a una conclusión a primera vista descabellada: ¡Himmler habría sido del parecer que había un material humano enormemente valioso en la resistencia holandesa que, una vez concluida la guerra, podría ser necesario para la germanización! «Así pues, esos resistentes “que podrían ser necesarios” fueron enviados a un campo de concentración para prisioneros-NN. Otra cosa es que buena parte de ellos finalmente pereció allí, pero no murieron fusilados, ni ahorcados, ni guillotinado, sino a causa de las privaciones, el hambre y los malos tratos. Para entonces, los alemanes comenzaban a comprender que iban a perder la guerra».²⁹

Las memorias de Bakels también arrojan luz sobre lo poco sistemática que fue la «segregación» de los prisioneros-NN y su «tratamiento especial» en el caótico «universo de los campos de concentración». En efecto, durante su estancia de seis meses en la cárcel de Utrecht en 1943, tras su «segregación», recibió la visita de su esposa, y tanto él como otros prisioneros pudieron disponer incluso de pequeños paquetes enviados desde sus casas.

Hasta el 7 de julio de 1943 no lo trasladaron, junto con otros ochenta holandeses, al campo de concentración de Natzweiler-Struthof, en Alsacia, el más célebre campo de prisioneros-NN, donde los marcaron en la espalda y en las piernas de sus trajes como NN. Según Bakels, a los holandeses NN los trataron significativamente «mejor» que a los partisanos franceses, a quienes se obligó a trabajar hasta morir a las pocas semanas.³⁰ Bakels experimentó de primera mano que al menos la burocracia nacionalsocialista no había olvidado a los prisioneros-NN, cuando un día le entregaron un documento, firmado personalmente por Seyss-Inquart, ¡en el que se le informaba que lo habían borrado de la lista de abogados autorizados a ejercer su oficio!³¹

En junio de 1944 los holandeses NN recibieron un paquete de Holanda enviado por los menonitas y con el remite completo. También su esposa pudo mandarle a Bakels otro paquete, lo cual significaba que en Holanda se conocía la existencia de los prisioneros-NN y que, aunque desvalijaban los envíos, al menos estos llegaban a su destino. En el verano de 1944, la situación de los holandeses NN en el campo de Natzweiler había mejorado notablemente, sin que Bakels pudiera aportar razón alguna para ello.³² Sin embargo, con las tropas estadounidenses acercándose y tras la liberación de París, a finales de agos-

²⁹ *Ídem*, pág. 132.

³⁰ *Ídem*, pág. 257.

³¹ *Ídem*, pág. 255.

³² *Ídem*, págs. 252 y ss.

to la situación dio un giro radical, de manera que el 2 de septiembre los prisioneros-NN holandeses de Natzweiler fueron deportados a Dachau. Tras pasar algunos días en el cercano campo de Ottobrunn —un campo de «segundo orden», en mejores condiciones—, el 20 de septiembre los condujeron de nuevo hacia el oeste, a Dautmergen, en el Jura suabo. Este era, en opinión de Bakels, el más horrible de todos los campos, pero era también la última parada antes de volver a casa, en Holanda.

Germaine Tillion³³ era una antropóloga francesa que se había unido a la Resistencia. La detuvieron en octubre de 1942 y, junto con otras mujeres también miembros de la Resistencia, fue conducida —sin que lo supiera— a una cárcel francesa para prisioneros-NN primero, y después a Aachen, en Alemania, donde, como escribió, recibió un trato «relativamente amable», casi «normal»,³⁴ pero a las pocas semanas trasladaron a todas al campo de concentración de Ravensbrück, es decir, a otro mundo, al horror del *univers concentrationnaire*:

Todavía creíamos que teníamos derechos, al menos aquellos que en los países civilizados poseen los condenados a muerte, es decir, el derecho a un juicio, el derecho a un abogado, el derecho a un médico en caso de enfermedad, el derecho a recibir asistencia espiritual, a dos comidas al día y a poder llevar la propia ropa en el momento de la muerte... Antes de que llegase la noche nos habían despojado de todo eso.³⁵

De los textos de Germaine Tillion se puede deducir la evolución del destino de los prisioneros-NN, del mismo modo que este puede rastrearse en los documentos de la burocracia nazi. Al traslado a una prisión alemana siguió, a finales de octubre de 1943, la deportación a un campo de concentración —en este caso al campo para mujeres de Ravensbrück— y, por consiguiente, la pérdida de cualquier mínima protección legal que en una cárcel todavía existía. Tillion dejó claro que las letras NN, que ella y otras prisioneras políticas llevaban en este campo, si bien de alguna manera las aislaban del resto de las prisioneras, sobre todo las libraban de tener que trabajar en el exterior, aunque esa diferencia no tenía demasiado significado. En algún momento, la denominación NN desapareció incluso de la documentación oficial relativa a los prisioneros. A partir de julio de 1943, como observó Germaine Tillion en Ravens-

³³ TILLION (2001).

³⁴ *Ídem*, pág. 160.

³⁵ *Ídem*, pág. 162.

brück, ya no etiquetaron como NN a ningún nuevo prisionero. «Todo parecía indicar que la categoría NN había dejado de utilizarse.»³⁶ Tillion reconstruyó retrospectivamente las razones para este cambio. Sin que conociera los documentos oficiales,³⁷ llegó a la conclusión correcta de que, ya desde 1942, la jurisdicción militar comenzó a incrementar enormemente el número de juicios NN (al igual que los tribunales civiles especiales), por lo que en vez de agilizarse los procesos se envió a los prisioneros a trabajar en los campos de concentración. Pero, incluso allí, los detenidos NN, vivos o muertos, debían estar localizables —una última concesión del jefe de las SS, Himmler, a la competencia entre Ejército y el Ministerio de Justicia.³⁸

Arne Brun Lie³⁹ fue detenido en 1943 en Noruega, a la edad de dieciséis años, a causa de su oposición a la ocupación alemana de Noruega. Lo deportaron junto con otros 504 noruegos⁴⁰ al campo de concentración de Natzweiler-Struthof, donde el comandante los recibió con las siguientes palabras: «Bienvenidos a Natzweiler [...]. Natzweiler no es un campo de concentración. Es un campo de exterminio [...]. Estáis ya muertos [...]. Os destrozaremos, os haremos pedazos, os exterminaremos de noche y entre la niebla, en la noche del patíbulo, en la niebla del crematorio».⁴¹ De entre los recuerdos de Lie, muy elocuentemente adornados,⁴² los prisioneros-NN de Natzweiler emergen, en efecto, como un escogido grupo de candidatos a morir. Incluso finalizada la guerra, cuando Lie se enteró de la existencia de la orden de Keitel, vio en ella una clara intención de los nazis de lograr un efecto disuasorio mediante la amenaza de hacerlos desaparecer sin dejar rastro, e interpretó su propia supervivencia como un acto planificado de particular perversidad que le recordaba la lúgubre figura de Alberich en *El oro del Rin* de Wagner.⁴³ Lie consideraba que sobrevivir era la mayor venganza posible de los nazis —en este caso, respecto a aquellos prisioneros-NN a quienes se les había permitido quedar con vida—,

³⁶ *Ídem*, pág. 194.

³⁷ No obstante, tuvo acceso a las investigaciones del abad Joseph de la Martinière, quien a su vez había sido prisionero-NN en el campo de concentración de Hirzing y que después de la guerra fue uno de los primeros en estudiar lo ocurrido en el marco de la actuación *Noche y niebla* (La Martinière, 1981).

³⁸ TILLION (2001), pág. 197.

³⁹ LIE (1990).

⁴⁰ Dato facilitado por el propio Lie (*idem*, pág. 150).

⁴¹ *Ídem*, págs. 140 y ss.

⁴² El autor comienza la cita de fragmentos de un largo discurso del comandante con estas palabras: «Eso es lo que creo que he oído» (*Here is what I think I heard; idem*, pág. 141).

⁴³ *Ídem*, pág. 150.

puesto que Natzweiler era un auténtico «laboratorio anti-Resistencia».⁴⁴ Se trata, sin duda, de una experiencia subjetiva que debe leerse a la luz de la documentación actualmente disponible sobre el sistema de los campos de concentración, y también en comparación con la propia experiencia de Bakels en la misma época, a fin de relativizar dicha interpretación.

El campo de concentración de Natzweiler-Struthof era, en efecto, un lugar siniestro. Al igual que en los demás campos que se crearon en una cantera (Flossenbürg, Mauthausen, Gross-Rosen, entre otros), numerosos prisioneros murieron a causa de las brutales condiciones de trabajo y de la insuficiente atención que se les dispensaba. En Natzweiler y sus campos anexos había un total de 52.000 prisioneros pertenecientes a 31 países, de los cuales 22.000 murieron en los campos o en las «marchas de la muerte» al final de la guerra. Natzweiler fue el campo de concentración con prisioneros-NN más conocido y seguramente también aquel en que la mayoría pasaba más tiempo. A medida que, ante el avance de los ejércitos aliados, se abandonaron los campos de concentración al Este y al Oeste de los territorios ocupados por los ejércitos alemanes en Europa, sus prisioneros fueron evacuados —a menudo mediante crueles «marchas de la muerte»— hacia campos de Alemania y de Austria, como Dachau y Mauthausen, que se llenaron con miles de prisioneros-NN cuyo estatus especial fue perdiéndose en el caos de los últimos meses antes de la liberación.

En resumen, puede afirmarse que en el decreto *Noche y niebla* del mariscal de campo Keitel, de diciembre de 1941, y la orden del Führer en que se basaba, se describían y se precisaban los principales componentes de lo que hoy día se consideran delitos graves en las declaraciones, resoluciones y convenciones contra las brutales desapariciones forzadas. Eso no tenía por qué significar un comportamiento especialmente cruel en relación con los prisioneros atrapados en el sistema de terror del nacionalsocialismo. En algunos casos, incluso podía suponer salvarse del exterminio, siempre y cuando se respetara el itinerario judicial establecido mediante el decreto *Noche y niebla* de Keitel sobre los desaparecidos. El objetivo final de las acciones *Noche y niebla* no era la eliminación de los prisioneros, sino su aislamiento hasta que acabara la guerra, además del terrorismo psicológico que provocaba en las familias y en la población afectada.

⁴⁴ *Ídem*, pág. 151.

El poder de las imágenes: la película *Nuit et brouillard* de Alain Resnais

La combatiente de la resistencia francesa Violette Maurice fue, tras su detención, deportada al campo de concentración para mujeres de Ravensbrück sin que le aplicaran la orden *Noche y niebla*. Inmediatamente después de su liberación escribió sobre este punto un relato conmovedor que causó una gran impresión en Francia.⁴⁵ A pesar del título explícito de su narración, Violette Maurice no proporcionó detalles sobre la situación concreta de los prisioneros-NN y ni siquiera se refiere a sí misma con esta denominación. Sus variadas y precisas observaciones transmiten, por el contrario, la impresión de que no ignoró en absoluto lo que ocurría en el campo, ni las horribles torturas a las que fue sometida difieren gran cosa de las que tuvieron que soportar otros muchos prisioneros.⁴⁶ El uso de esos tres conceptos clave —*NN*, *Noche y niebla*, *Nuit et brouillard*— en el título de sus anotaciones indica que estas expresiones eran, en realidad, tan habituales que no necesitaban mayor explicación y se utilizaban para referirse, evidentemente, al indescriptible horror del *univers concentrationnaire* en su conjunto.

Del mismo modo, el autor antifascista alemán Arnold Weiss-Rüthel, que desde la primavera de 1940 hasta 1945 estuvo encarcelado en el campo de concentración de Sachsenhausen, publicó en 1946 sus recuerdos y reflexiones sobre su internamiento en este campo bajo el título *Noche y niebla. Anotaciones de cinco años de prisión preventiva*.⁴⁷ Weiss-Rüthel no se vio afectado por el decreto *Noche y niebla*, que en el momento de su detención aún no existía y que, por otra parte, no era de aplicación a los ciudadanos alemanes. Weiss-Rüthel fue uno de los miles de alemanes a quienes, a causa de su oposición al régimen nazi, se sometió a «prisión preventiva» en campos de concentración sin juicio previo, donde su situación, en cuanto a la incertidumbre respecto a su destino, no era en nada distinta de la de los que más tarde serían prisioneros-NN. Sus familiares ni siquiera fueron informados de su condición de «preso preventivo». Así que cuando en 1946 Weiss-Rüthel tituló su libro *Noche y niebla*, esta

⁴⁵ MAURICE (2009). El texto fue acabado, con toda probabilidad, en junio de 1945; en todo caso, esta es la fecha del prefacio que escribió la autora.

⁴⁶ Para las diferentes clases de prisioneros y el distinto trato que, hasta cierto punto, recibieron en Ravensbrück, véase MORRISON (2000), en especial las págs. 114 y ss. en las que describe la precaria situación de las francesas, casi todas prisioneras políticas, en este campo.

⁴⁷ WEISS-RÜTHEL (1946).

expresión debía de ser ya familiar incluso en Alemania, aunque, obviamente, no con su significado exacto de acuerdo con el decreto de Keitel.

El título de ambos libros, el de Violette Maurice y el de Weiss-Rüthel, evidencian que *Noche y niebla* ya se había convertido en un símbolo del terror nazi con anterioridad a que el cineasta francés Alain Resnais lo utilizara para titular su documental de media hora de duración sobre los campos de concentración, con lo que ha permanecido plenamente vigente hasta la actualidad como imagen global de los crímenes del nacionalsocialismo.

La película, rodada en 1955, convirtió al instante la expresión *Noche y niebla* en un símbolo de lo sucedido en los campos de concentración. A pesar de que esta película en realidad no proporcionó más detalles acerca de la técnica concreta de «nebulización» utilizada, la denominación adquirió renombre internacional, aunque con ello perdió su significado exacto. Mediante una reiterada combinación de imágenes en color, que incluía largas tomas del estado en que se hallaban los campos de concentración en aquel momento —en especial el de Auschwitz-Birkenau—, con documentos históricos en blanco y negro del Holocausto, la película muestra aspectos esenciales de la exterminación en masa de judíos y otros grupos de víctimas. Una parte fundamental de la película la constituye el texto, a la vez poético y austero, del poeta y combatiente de la Resistencia Jean Cayrol,⁴⁸ quien había sido prisionero-NN en Mauthausen durante dos años y que durante su internamiento había escrito numerosos poemas publicados en 1946 con el título de *Poèmes de la nuit et du brouillard*.⁴⁹ Para la versión alemana de la película el texto fue libremente traducido por el poeta judío-alemán-rumano Paul Celan, autor de la célebre *Fuga de la muerte*, quien a su vez también estuvo recluido en un campo de concentración en su Rumanía natal.

La expresión *Noche y niebla* solo sale en la película dos veces y aun de manera sucinta. La primera vez en una secuencia dramática sobre el traslado a los campos de exterminio, que acaba con una imagen nocturna entre la niebla y que el texto describe como «llegada de noche y con niebla». Un poco más tarde aparecen una serie de fotografías de los símbolos de los diferentes sistemas que inventaron los nazis para clasificar a los detenidos. Además de los diversos triángulos se muestra también, por un instante, la imagen de una chaqueta de prisionero con las letras NN pintadas con grandes caracteres, probablemente procedente del campo de Natzweiler-Struthof, que asimismo se men-

⁴⁸ CAYROL (2010).

⁴⁹ CAYROL (1946). Jean Cayrol utilizó fragmentos de este poema para esta película. Véase VAN DER KNAAP, (2006a), pág. 15.

ciona por un momento en el texto. Pero esos escasos segundos que se refieren a la actuación *Noche y niebla* no son lo más característico de la película, pues esta muestra la maquinaria nazi de exterminación en general. Ni el montaje de las imágenes ni el texto distinguen entre los diferentes campos de concentración, ni tampoco entre campos de detención, de trabajo o de puro exterminio. *Nuit et brouillard* representa para Resnais-Cayrol la culminación de un único *vieux monstre concentrationnaire*.⁵⁰ Además, el propio proceso de gestación de la película pone de relieve que esta gira en torno a los campos de concentración en general, por lo que en ninguno de los tres escenarios que se construyeron en 1955 para rodar la película se muestra a los prisioneros-NN como un tema aparte.⁵¹

La repercusión de esta película a mediados de los cincuenta fue enorme.⁵² Tanto en Francia como en Alemania recibió enseguida vehementes críticas. En Francia, porque en una de las secuencias aparece la gorra de un gendarme francés mientras se organiza una deportación. Esta alusión a la participación francesa en el asesinato de judíos franceses seguía siendo tabú, por lo que esta escena se censuró. El propio gobierno alemán intervino exitosamente ante el gobierno francés para que la película no fuera incluida en el programa oficial del festival de cine de Cannes. Esos escándalos no consiguieron, no obstante, ensombrecer la película, que se convirtió en una de las principales obras sobre el nacionalsocialismo. En Alemania está incluida en el programa obligatorio de muchas escuelas y puede encontrarse en el Centro Federal de Formación Política, a pesar de que es un documento histórico ya obsoleto desde el punto de vista científico. Pero la muy extendida identificación de *Noche y niebla* con las técnicas represivas de los nazis habría sido impensable sin esta película.

La importancia relativa del procedimiento *Noche y niebla* en el sistema terrorista nazi

El número exacto de detenidos que los nazis encerraron en campos de concentración nunca se ha determinado con precisión, a pesar de la organización burocrática del sistema nacionalsocialista. Incluso el número de campos de con-

⁵⁰ *Ídem*, pág. 29.

⁵¹ DELAGE y GUIGUENO (2004). Los tres esbozos iniciales de la sinopsis incorporaron conocidos planos de la película. Véanse págs. 215-226 y 59 y ss.

⁵² Véanse LINDEPERG (2007) y VAN DER KNAAP (2006).

centración es difícil de establecer,⁵³ teniendo en cuenta los diferentes tipos que existieron y que las características de muchos de ellos cambiaron con el tiempo. Además de los campos de exterminio —en sentido estricto— del Este, existían otros muchos campos en los que igualmente se asesinó a un gran número de prisioneros sin que pueda decirse que este fuera su único objetivo. En total, en los campos de concentración debió de recluirse a varios millones de personas, dos tercios de las cuales aproximadamente acabaron asesinadas.⁵⁴ Pero los recluidos en los campos de concentración no fueron las únicas víctimas del sistema nazi. La policía, el ejército y las SS asesinaron a otros varios millones de personas fuera de los campos, de entre las cuales más de 40.000 fueron condenadas a muerte y ejecutadas por el tribunal popular, los tribunales especiales y los tribunales militares, y millones de individuos tuvieron que realizar trabajos forzados.⁵⁵

Por consiguiente, los casi 10.000 prisioneros-NN eran un grupo cuantitativamente pequeño entre los millones de víctimas del nacionalsocialismo. No existen datos sobre si la tasa de mortalidad entre ellos fue superior o inferior a la del resto de los detenidos en las cárceles o en los campos nazis. El decreto *Noche y niebla*, y su posterior desarrollo reglamentario, deja claro que, en efecto, el objetivo principal del tratamiento especial al que debía someterse a los prisioneros-NN no era su muerte, ya que los jerarcas nazis no consideraban conveniente la pena de muerte para este grupo concreto. Cuanto más cercano estuvo el final de la guerra y, con ello, el riesgo de que se liberara a los detenidos-NN supervivientes (todos los cuales habían sido combatientes de la Resistencia), mayor fue la probabilidad de que los mataran. En 1944, y ante el inminente avance de los ejércitos aliados, en el campo de concentración de Natzweiler se asesinó en un solo día a 141 combatientes de la Resistencia francesa, probablemente prisioneros-NN.⁵⁶ Un ejemplo bien conocido de ello es el de Charles Delestraint, un miembro prominente de la Resistencia francesa que llegó a Natzweiler como prisionero-NN y fue luego asesinado en Dachau siguiendo órdenes de la dirección de las SS.

⁵³ Una lista oficial del Gobierno alemán enumera un total de 1.634 campos de concentración, incluidos los campos propiamente dichos y sus instalaciones anexas. Véase *Bundesgesetzblatt* 1, 1967, § 42, párr. 2, págs. 234-254. Esta lista se elaboró para facilitar las indemnizaciones a las víctimas, por lo que no se puede considerar el resultado indiscutible de una investigación histórica.

⁵⁴ SOFSKY (2008), pág. 57.

⁵⁵ EVANS (2001), pág. 864. Este autor calcula en unas 16.500 las sentencias de muerte pronunciadas por los tribunales civiles; las condenas a muerte dictadas por los tribunales militares fluctúan entre 25.000 y 35.000.

⁵⁶ EVANS (2001), pág. 877.

Como Hitler y Keitel expusieron claramente, la técnica de las desapariciones forzadas por el método *Noche y niebla* iba sobre todo encaminada a aterrozar a sus familiares y a los demás resistentes, en especial mediante el ocultamiento del destino de esos detenidos, cosa que, como se ha visto en los ejemplos citados anteriormente, era muy difícil de conseguir, porque esta actuación no solo iba en contra de los más elementales principios de ética, todavía respetados por algunos jueces, sino que, además, se contradecía con el funcionamiento burocrático de la administración de Justicia, lo cual ayudaba poco a mantener el secreto. Es evidente que los numerosos transportes, el hecho de que no los instalaran en departamentos especiales sino junto con otros detenidos y que, finalmente, todos los prisioneros compartieran la misma terrorífica existencia en los campos de concentración, todos estos factores contribuyeron a que el secreto se mantuviera de modo muy relativo.

Por otra parte, frente a las condenas a muerte masivas, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura que se practicaba de forma regular fuera de las cárceles y, desde 1941, el internamiento en los campos de concentración que ya conocemos, tampoco resulta fácil comprender por qué el traslado en secreto de estos prisioneros a Alemania pudiera tener un carácter especialmente intimidatorio en comparación con las demás acciones terroristas de las fuerzas de seguridad del Estado nacionalsocialista. Por añadidura, el terror nazi se alimentaba en buena parte del hecho de que se conocieran bien sus actuaciones. Era precisamente en el conocimiento de esas actuaciones, y no en su desconocimiento, en lo que este terror se basaba. Eso es lo que, pasado algún tiempo, reconocieron incluso los nacionalsocialistas y, en consecuencia, los detenidos NN supervivientes fueron trasladados a campos de concentración cada vez en mayor número, en abierta contravención a lo que se proponía el decreto *Noche y niebla*. En junio de 1943, el consejero ministerial Hülle, del departamento jurídico del Ejército, escribió, tras así haberlo constatado, que prisioneros-NN, sobre todo holandeses, eran a menudo internados en campos de concentración bajo la jurisdicción de la Gestapo en vez de permanecer sometidos a la autoridad competente en materia de prisioneros-NN del Ministerio de Justicia:

Ahora debemos enfrentarnos a la cuestión de si abordamos esta práctica de la manera antes descrita o si ampliamos el procedimiento seguido en Holanda a otras regiones afectadas por el decreto, por ejemplo si debemos renunciar a que se los juzgue en Alemania [...]. Según tengo entendido, la práctica judicial en Alemania ha establecido que a los encausados o bien se los guillotina o bien se los interna en un campo de concentración hasta el fin de la guerra; [...]. *La in-*

*timidación a los habitantes de los territorios ocupados no está relacionada ni con uno ni con otro tratamiento judicial, porque esos métodos no se llevan a cabo ante la población.*⁵⁷

Si uno lee las numerosas memorias de las víctimas de los campos de concentración nazis llega rápidamente a la conclusión de que también la detención y deportación de personas que de ninguna manera podían considerarse sometidas al procedimiento *Noche y Niebla* se caracterizaban a menudo por el ocultamiento y por la incertidumbre correspondiente. Adónde conducían los trenes a una Ana Frank, de Holanda, y a otros millones de víctimas judías o no judías hacinadas era algo que podía sospecharse, pero de ningún modo saberse. Por lo general, solo se facilitaba información sobre los deportados con la finalidad de engañar a sus familiares. Esta práctica de las deportaciones privó asimismo a las personas afectadas de cualquier protección legal, lo cual, según los estándares actuales, debe definirse y proscribirse como desapariciones forzadas.⁵⁸ Los prisioneros-NN se distinguen de los restantes deportados sobre todo por el hecho de que con su desaparición forzada se pretendía llevar a cabo un experimento especial de disuasión, el cual, dado que se mostró poco eficaz, fue reconducido a la práctica general del internamiento en los brutales campos de concentración.

Por cínico que esto pueda sonar, en algunos aspectos los prisioneros-NN formaban un grupo privilegiado. Debido a la orden de Hitler y al valor como material humano que inicialmente les atribuyeron las SS, el objetivo de su deportación y de su duro castigo fue su eliminación como oponentes, si bien al principio la finalidad no era su eliminación física. De la desaparición forzada de noche y niebla al exterminio sistemático de las poblaciones consideradas inferiores no había puente en la ideología nazi, ni para el caso de los adultos y menos para el de los niños, como sugiere el psicólogo argentino Osvaldo Hugo Cucagna.⁵⁹ En la práctica, sin embargo —y eso es algo que incluso los recuerdos de los prisioneros-NN supervivientes muestran con claridad—, esta dife-

⁵⁷ GRUCHMANN (1981), pág. 379 (la cursiva es nuestra).

⁵⁸ Véase el art. 2 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: «A los efectos de esta Convención, se entiende por “desaparición forzada” el arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley».

⁵⁹ CUCAGNA (2012), pág. 64: «Cómo se extendió esta fórmula [de “Noche y niebla”] para los niños lo encontramos en el discurso de Himmler en Posen del 4 de octubre de 1943». Este famoso discurso de Heinrich Himmler proclamaba el exterminio total y radical de las «razas inferiores», lo que incluía a

rencia se perdió con el paso del tiempo: en la rueda de la muerte (*Todesmühlen*)⁶⁰ de la maquinaria nazi ya no había lugar para privilegios.

Noche y niebla en los juicios de Núremberg

La práctica de las desapariciones secretas de prisioneros llevada a cabo por los nazis fue divulgada por todo el mundo a raíz de los juicios de Núremberg y, en particular, tras las sesiones del Tribunal Militar Internacional, que se reunió entre noviembre de 1945 y octubre de 1946 y que debatió extensamente el decreto de Hitler del 7 de diciembre de 1941, conocido como *Noche y niebla*, plasmado personalmente en una orden por el acusado mariscal de campo Keitel. Sin embargo, en el universo de los campos de concentración, y en el conjunto de las prácticas terroristas del régimen nazi, la orden de Hitler y Keitel acerca del trato diferenciado a determinados prisioneros desempeñó un papel poco relevante.

La desproporcionada importancia que se atribuyó a este decreto en los juicios de Núremberg, y que se basaba en primera instancia en el material documental disponible de los propios nazis, se debió especialmente a la lógica subyacente a este procedimiento. En contraste con la barbarie en buena parte no regulada de los asesinatos en los campos de concentración, que solo de forma esporádica salió a la luz en los juicios de Núremberg, el origen y la ejecución del decreto *Noche y niebla* estaba bien documentado.

El acusado Keitel expresó con gran claridad ante el TMI que reconocía que la manera de proceder del decreto *Noche y niebla* era contraria a la legalidad. En su descargo, Keitel adujo que, por su parte, había intentado evitar, tanto en la formulación como en la puesta en práctica de sus instrucciones, «toda arbitrariedad y toda extralimitación en su aplicación» a causa de las «escandalosas condiciones» que los prisioneros-NN tendrían que soportar en los campos de concentración, y que «no hubo ninguna intención de que estas per-

los niños como portadores de un posible futuro de esas poblaciones que Himmler buscaba eliminar. No tiene nada que ver con la práctica de «Noche y niebla».

⁶⁰ *Die Todesmühlen* (literalmente, *Los molinos de la muerte*) fue el título de un cortometraje realizado en 1945 por encargo de la administración militar norteamericana, fuertemente impresionada por las escenas de horror que hallaron en los campos de concentración recién liberados, el cual se proyectó en muchas ciudades alemanas como parte del programa de «reeducación» de la población. Contiene imágenes parecidas a documentales como *Nuit et brouillard*; pero, a diferencia de la sobria estética de Resnais, en este caso lo que se buscaba era impactar al espectador de forma directa. Para los antecedentes de esta película y la estrategia que con ella se perseguía, véase CHAMBERLIN (1981).

sonas fueran hechas desaparecer de esta manera, como así sucedió a partir de entonces».⁶¹

El fiscal y el tribunal vieron en la actuación *Noche y niebla* —que, en comparación con la totalidad de los delitos del nacionalsocialismo, solo ocupaba un lugar secundario— una infracción especialmente grave e inequívoca contra las leyes de la guerra y el derecho internacional en vigor. En el apartado tercero de la acusación del TMI, que se refiere a los crímenes de guerra, se dijo, en resumen, que: «Durante todo el tiempo que sus ejércitos ocuparon los territorios derrotados, los acusados asesinaron y torturaron con el fin de aterrorizar sistemáticamente a la población civil, que fue maltratada y encarcelada sin juicio previo».⁶²

En el último apartado de su alegato, la acusación describió con todo detalle el procedimiento de detención *Noche y niebla*, relacionándolo, además, con el terror psicológico que creaba en los allegados de estos detenidos. Durante el juicio del TMI, en el apartado sobre el «maltrato y asesinato de la población civil», el tribunal se refirió al decreto *Noche y niebla* como el punto de partida de los numerosos crímenes cometidos contra la población civil de los territorios ocupados. Asimismo, el tribunal abundó en esa interpretación del decreto de Keitel, documentada en su escrito del 12 de diciembre de 1941, según la cual su finalidad fue «la intimidación efectiva y duradera», manteniendo con ello «a sus allegados y a la población en general en el desconocimiento del destino de los detenidos».⁶³ Esta interpretación del procedimiento *Noche y niebla* de Hitler y Keitel permaneció inalterada aun cuando las consecuencias de este apenas destacaban en el contexto general del terrorismo nazi. Sin embargo, puesto que la finalidad aterrorizadora que perseguía el citado decreto quedó claramente plasmada por escrito, esta cobró una gran importancia a lo largo del juicio y tuvo un peso enorme tanto en la acusación como en el veredicto final. El tribunal fue de la misma opinión que la fiscalía al afirmar que las desapariciones forzadas en el marco de las actuaciones *Noche y niebla* constituían una conducta que el artículo 46 de la Convención de La Haya calificaba de delito. El veredicto del tribunal citaba literalmente dicho artículo:

Se han de respetar el honor y los derechos de los familiares, la vida de los ciudadanos y la propiedad privada, así como las convicciones religiosas y la práctica de estas.⁶⁴

⁶¹ Textos citados según NP, día 174. Martes, 9 de julio de 1946, vol. 18, págs. 28 y ss.

⁶² NP: Primer día. Martes, 20 de noviembre de 1945, vol. 2, pág. 74.

⁶³ *Ídem*, vol. 1, pág. 261.

⁶⁴ *Ídem*, pág. 260.

El artículo 6 b) del estatuto del TMI, en virtud del cual el acusado Keitel fue condenado por crímenes de guerra, no era, según el tribunal, sino «una reiteración de las reglas del vigente derecho de guerra».⁶⁵ Además, tal como mantuvo el TMI, dichas reglas formaron parte del derecho internacional hasta la Segunda Guerra Mundial,⁶⁶ cuestión esta que el propio Keitel no pudo obviar en sus alegaciones. En el veredicto del tribunal, y en especial a causa del decreto *Noche y niebla*, el delito que hoy día conocemos como «desaparición forzada» cobró una gran notoriedad. El citado delito fue definido, en lo esencial, como una forma extrema de terrorismo psicológico, ejercida no solo contra las propias personas desaparecidas sino, además, sobre sus allegados y sobre su entorno, y considerado internacionalmente un crimen.⁶⁷

La actuación *Noche y niebla* de los nazis fue objeto de debate, no solo en el TMI, sino también en otros dos juicios de Núremberg, los conocidos como el «proceso a los juristas»⁶⁸ y el proceso contra los miembros del Alto Mando del Ejército (OKW).⁶⁹ En el primero, el tribunal militar norteamericano procesó a quince altos funcionarios del Ministerio de Justicia, así como a jueces y fiscales de los tribunales especiales. La acusación puso de relieve el importante papel desempeñado por el Ministerio de Justicia en la puesta en práctica de las actuaciones *Noche y niebla*, y resaltó como una característica específica de dichas actuaciones el ocultamiento del paradero de los detenidos y de las acusaciones contra ellos, así como la denegación sistemática de todos los recursos legales interpuestos.⁷⁰ En el alegato de la fiscalía pueden leerse pasajes que, siempre en el contexto de los crímenes del nazismo, atribuyen a las actuaciones

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ «En 1939, sin embargo, todas las naciones civilizadas reconocieron las reglas establecidas por la Convención y las consideraron una recopilación de las leyes y los usos de la guerra a los que se refiere el art. 6 b).» Véase NP, vol. 1, pág. 285.

⁶⁷ No obstante, Finucane (2010, págs. 177 y ss.) va demasiado lejos cuando afirma que el TMI había focalizado el problema principal de la actuación *Noche y niebla* en su efecto devastador sobre los allegados, y que la calificación de esta actuación como crimen de guerra lo fue, en especial, teniendo en cuenta esta consecuencia.

⁶⁸ Caso 3 de los *Nürnberger Nachfolge-Prozesse*. Véase NT, vol. III.

⁶⁹ Caso 12 de los *Nürnberger Nachfolge-Prozesse*. Véase NT, vols. x y XI.

⁷⁰ «The Ministry of Justice participated with the OKW and the Gestapo in the execution of Hitler's decree of "Night and Fog" (*Nacht und Nebel*) whereby civilians of occupied territories who had been accused of crimes of resistance against occupying forces were spirited away for secret trial by certain Special Courts of the Justice Ministry within the Reich, in the course of which the victims' whereabouts, trial, and subsequent disposition were kept completely secret, thus serving the dual purpose of terrorizing the victims' relatives and associates and barring recourse to any evidence, witnesses, or counsel for defense. The accused was not informed of the disposition of his case, and in almost every instance those who were acquitted or who had served their sentences were handed over by the Justice Ministry to the Gestapo for "protective custody" for the duration of the war. In the course of the

Noche y niebla características especiales que reflejan más el mito que la realidad: «Tal vez nunca en la historia ha existido un plan tan perverso y diabólico como este para intimidar y reprimir». ⁷¹ El fiscal se mostró impresionado por la vasta organización burocrática del procedimiento *Noche y niebla* —la cual, como hemos visto, fue más bien un inconveniente para su plena eficacia—. No obstante, el propio fiscal llegó a la conclusión de que al poco tiempo ya no hubo diferencia alguna en el trato a los prisioneros-NN, en su mayor parte en manos de la Gestapo, y el resto de los deportados a los campos de concentración. ⁷²

En el proceso a los juristas intervino como testigo de la acusación el jefe del departamento jurídico del Ejército, el juez militar Dr. Rudolf Lehmann, que había sido el autor real del decreto firmado por Keitel. Lehmann describió al tribunal con todo detalle el trasfondo del origen y la aplicación de dicho decreto y subrayó además —sin duda de manera exagerada, aunque no del todo inexacta— ⁷³ que tanto a él mismo como a los comandantes del Ejército les parecía que con este decreto se trataba sin duda de dar cobertura jurídica a la arbitrariedad de las medidas decididas por Hitler. ⁷⁴

En el proceso contra el Alto Mando del Ejército (OKW), el propio Lehmann estuvo esta vez entre los acusados y allí, nuevamente, se trató del decreto *Noche y niebla*. La defensa de Lehmann insistió una vez más en los esfuerzos del Ejército por atenuar las consecuencias de la decisión de Hitler, e incluso llegó a sostener que el decreto estaba conforme con el derecho de guerra. ⁷⁵ Con independencia de las intenciones que hubiesen podido tener inicialmente Keitel o Lehmann, la acusación presentó pruebas documentales de que, en fecha tan tardía como 1944, el Alto Mando del Ejército obvió explícitamente las formalidades jurídicas del decreto *Noche y niebla* y ordenó que se internara en campos de concentración a los prisioneros-NN y a aquellos que hubieran sido transferidos a la Gestapo —por más que anteriormente hubiesen sido absuel-

above-described proceedings, thousands of persons were murdered, tortured, ill-treated, and illegally imprisoned» (NT, vol. III, pág. 21).

⁷¹ «Perhaps never in world history has there been a more perverted and diabolical plot for intimidation and repression than this» (NT, vol. III, pág. 75).

⁷² *Ídem*, págs. 78 y ss.

⁷³ La sentencia del proceso a los juristas decía: «His defense as to this charge is not without some merit, in that it was apparently the original idea of Hitler that these unfortunates were to be turned over to the tender mercies of the police for disposition» (NT, vol. XI, pág. 694).

⁷⁴ *Ídem*, págs. 804-808. Lehmann ya había sido llamado anteriormente como testigo por el TMI, por lo que el tribunal renunció a citarlo y, en su lugar, le pidió una declaración jurada (*affidavit*) que se añadió después al proceso a los juristas como prueba.

⁷⁵ NT, vol. XI, pág. 391.

tos—, lo cual a menudo significaba su muerte.⁷⁶ La suerte de los prisioneros-NN se diluyó en las turbulentas aguas de su detención ilegal y su posterior desaparición en los campos de concentración.

Según puso de relieve la sentencia del proceso contra Rudolf Lehmann, el tribunal calificó el decreto *Noche y niebla* no solo de crimen de guerra sino, además, de crimen contra la humanidad.⁷⁷ Aunque este decreto fue utilizado por Ejército alemán en la lucha contra la resistencia a la ocupación, el tribunal vio en ello una actuación relacionada con las desapariciones forzadas que no solo contravenía las leyes de la guerra, sino que también se debía considerar un crimen contra la humanidad. Más que en sus diferentes elementos constitutivos, que también se encuentran en la definición actual del delito de desaparición forzada,⁷⁸ el significado del decreto *Noche y niebla* para la posterioridad estriba, precisamente, en la calificación jurídica que recibió en los juicios de Núremberg.

Conclusiones

La identificación del procedimiento represivo específico puesto en marcha por el decreto *Noche y niebla* con el horror de los campos de concentración en general se consolidó en la percepción de la opinión pública inmediatamente tras el fin de la guerra.⁷⁹ Mediante la película de Resnais, esa percepción se generalizó en la conciencia colectiva en todo el mundo. Teniendo en cuenta la globalidad de los crímenes nazis, esa identificación resulta comprensible y hasta justificada, pues el destino de los prisioneros-NN fue terrible, aunque no peor que el de la mayoría de las víctimas del nazismo. Por otra parte, la intencionada repercusión psicoterrorista sobre los allegados y los compañeros de los prisioneros-NN era, sin duda, de naturaleza distinta pero perfectamente equiparable al sufrimiento que experimentaron los allegados de otras innumerables víctimas. No cabe duda alguna de que, evidentemente, la criminal actuación de los nacionalsocialistas es la cuestión central de la película de Resnais *Nuit et brouillard*. Sin embargo, de manera sorprendente, la película no transcurre en ningún lugar preciso de Alemania; de este modo, Resnais hace abstracción de las cir-

⁷⁶ NT, vol. XI, pág. 47.

⁷⁷ NT, vol. XI, pág. 691.

⁷⁸ Véase Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 2.

⁷⁹ MAURICE (2009); WEISS-RÜTHEL (1946).

cunstancias específicas y de los diferentes tipos de delitos cometidos con las deportaciones y en los campos, combinándolos en una inmensa y universal imagen del terror, de tal modo que esta película no se viera únicamente como una prueba de los crímenes nazis sino como una vehemente admonición a nuestro presente. Si bien la película había sido realizada a instancias de equipos de historiadores y de organizaciones de perseguidos por los nazis en Francia,⁸⁰ el propio Resnais manifestó: «Je n'aime pas remuer des horreurs. Si je l'ai fait, ce n'est pas pour que les gens s'apitoient sur ce qui s'est passé il y a dix ans mais pour qu'ils réfléchissent un peu à ce qui se passe aujourd'hui. En Algérie par exemple».⁸¹

«Por ejemplo, en Argelia.» De hecho, la película se rodó en un momento en que emergía con fuerza en Francia la conciencia de que las tropas francesas habían perpetrado crímenes en Argelia. Lo que quería mostrar Resnais sobre la realidad de los años cincuenta resulta evidente no solo en sus propias declaraciones (así como en las de Jean Cayrol) sino de un modo especialmente enfático en las imágenes finales de la película. Mientras la cámara recorre las ruinas de Auschwitz-Birkenwald y su desolado paisaje, la voz calmada del comentarista nos dice:

Au moment où je vous parle,
 l'eau froide des marais et des ruines remplit le creux des charniers.
 Une eau froide et opaque comme notre mauvaise mémoire.
 La guerre s'est assoupie, un œil toujours ouvert.
 L'herbe fidèle est venue à nouveau sur les appel-platz autour des blocks.
 Un village abandonné, encore plein de menaces.
 Le crématoire est hors d'usage. Les ruses nazies sont démodées.
 Neuf millions de morts hantent ce paysage.
 Qui de nous veille de cet étrange observatoire pour nous avertir de la venue des
 nouveaux bourreaux?
 Ont-ils vraiment un autre visage que le nôtre?
 Quelque part, parmi nous, il reste des kapos chanceux, des chefs récupérés, des
 dénonciateurs inconnus.
 Il y a tous ceux qui n'y croyaient pas ou seulement de temps en temps.
 Il y a nous qui regardons sincèrement ces ruines,
 comme si le vieux monstre concentrationnaire était mort sous les décombres,

⁸⁰ Véanse, entre otros, *Comité d'histoire de la Deuxième Guerre mondiale y Réseau du souvenir*, Lindeperg (2007), págs. 37 y ss.

⁸¹ «No me gusta remover el horror. Si lo he hecho, no ha sido para que la gente se compadezca por lo que pasó hace diez años sino para que reflexionen unos instantes sobre lo que ocurre actualmente. Por ejemplo, en Argelia.» Citado por LINDEPERG (2007), pág. 128.

qui feignons de reprendre espoir devant cette image qui s'éloigne,
 comme si on guérissait de la peste concentrationnaire,
 Nous qui feignons de croire que tout cela est d'un seul temps et d'un seul pays,
 et qui ne pensons pas à regarder autour de nous et qui n'entendons pas qu'on crie
 sans fin.⁸²

El hecho de que, a raíz de las desapariciones forzadas masivas de personas en algunos países de América Latina en los años setenta del pasado siglo, se utilice una vez más la expresión nazi «noche y niebla» para referirse al origen histórico de esta perversa técnica represiva, obliga a analizar con detalle esta cuestión. Dicha referencia al terrorismo de Estado organizado de manera precisa a partir de la orden de Hitler tiene fundamento, como se evidenció en los diferentes alegatos y sentencias de los juicios de Núremberg.⁸³

Sin embargo, esta relación de conceptos corre el riesgo de exagerar la actuación *Noche y niebla* en el contexto de los crímenes nazis, habida cuenta de que, en realidad, solamente un número reducido de víctimas se vio afectado por dicha actuación, y ni siquiera de la manera tan sistemática y metódica como hacían suponer la orden de Hitler y el decreto de Keitel. En comparación con el exterminio en masa de poblaciones enteras, la actuación *Noche y niebla* fue, en el contexto global del terrorismo de los campos de concentración, una cuestión secundaria.

⁸² Jean Cayrol (1946): «Mientras os hablo | el agua fría de los pantanos y de las ruinas llena el hueco de las fosas. | Un agua fría y opaca como nuestra mala memoria. | La guerra se ha adormecido, con un ojo siempre abierto. | La hierba fiel ha regresado a los "appel-platz" alrededor de los barracones. | Un pueblo abandonado, lleno aún de amenazas. | El crematorio ya no se usa. Los métodos nazis están pasados de moda. | Nueve millones de muertos acechan este paisaje. | ¿Quién de nosotros vigila desde este extraño observatorio para advertirnos de la venida de nuevos verdugos? | ¿Son realmente tan distintos de nosotros? | En algún lugar, entre nosotros, quedan todavía kapos afortunados, jefes reciclados, delatores anónimos. | Y también aquellos que no creían en esto, o solo de vez en cuando. | También estamos nosotros, que miramos sinceramente estas ruinas | como si el antiguo monstruo de los campos de concentración estuviese muerto bajo los escombros. | Nosotros, que fingimos recuperar la esperanza ante esa imagen que se desvanece, | como si pudiésemos curarnos de esta peste. | Nosotros, que fingimos creer que todo eso solo ha ocurrido una vez y en un solo país. | Nosotros, que no miramos a nuestro alrededor y que no oímos los gritos que no cesan».

⁸³ La Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos insiste, con razón, en ese aspecto: «Ya desde 1946, en su sentencia, el tribunal de Núremberg reconoció que la política de desapariciones forzadas ejecutada por el régimen nacionalsocialista alemán, por medio del decreto conocido como *Nacht und Nebel* (noche y niebla), constituía crímenes de guerra y de lesa humanidad, por tratarse de actos de gran crueldad en contra de la población civil que generó responsabilidad penal individual a pesar de una tipificación previa y expresa como tal. Se trataba de auténticas desapariciones forzadas en el sentido de la definición desarrollada posteriormente, tanto a nivel internacional como regional» (Comisión Mexicana [2009], pág. 54).

Las imágenes tan plásticas como terribles que la metáfora *Noche y niebla* evoca no deben hacernos olvidar los contextos en que se desarrollan los graves hechos que ocurren actualmente. También hoy día, nuestra percepción de las brutales desapariciones forzadas es selectiva, pues ha sido generada sobre todo por los crímenes de las dictaduras latinoamericanas. En efecto, la técnica de las desapariciones forzadas se instauró allí de manera consciente como práctica del terrorismo de Estado. Se podría afirmar que, en este caso, las intenciones y procedimientos contenidos en la orden de Hitler se llevaron a la práctica de forma coherente por vez primera.

Pero, si se toma como referencia el número de casos comunicados al Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDF) desde que inició su actividad en 1980, todo indica que, de hecho, otros países han incrementado con mucho el dramático número de desaparecidos. El citado grupo de trabajo había recibido a finales de 2012 casi 54.000 notificaciones de personas desaparecidas mediante el uso de la fuerza.⁸⁴

Pero aún hoy día sigue siendo importante que veamos estas formas explícitas y sofisticadas de desapariciones forzadas en relación con otros crímenes de Estado. Desde el punto de vista cuantitativo, en países como Irak, Indonesia, Timor Oriental, Congo y otros es muy probable que hayan desaparecido muchas más personas —a las que, por otra parte, nadie ha contabilizado—, sin que por lo general se incluya su situación entre las desapariciones forzadas. La mirada de la opinión pública mundial sigue siendo muy selectiva.

El hecho de que las desapariciones forzadas estén actualmente relacionadas sobre todo con América Latina no se debe al número de seres humanos que allí fueron víctimas de este crimen, sino más bien a que, en este caso, las víctimas y sus allegados han analizado, en el seno de las organizaciones de derechos humanos, las características específicas de este tipo de crímenes. Han sido, además, capaces de organizar numerosos actos de protesta en todo el mundo, y de este modo han contribuido a que, al fin, el derecho internacional haya definido y proscrito esta técnica represiva especialmente perversa de las «desapariciones forzadas».

⁸⁴ El informe del GTDF de enero de 2013 menciona a 29 países de los que, entre los años 1980-2012, le fueron comunicados más de un centenar de casos de desapariciones forzadas («Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias», documento de las Naciones Unidas A/HRC/22/45, 21 /01/2013).

Bibliografía

- BAKELS, Floris B. (1982). *Nacht und Nebel. Der Bericht eines holländischen Christen aus deutschen Gefängnissen und Konzentrationslagern*, Fráncfort: Fischer.
- CAYROL, JEAN (1946). *Poèmes de la nuit et du brouillard*, suivis de *Larmes publiques*, París : Seghers.
- (2010). *Nuit et brouillard*, suivi de *De la mort à la vie*, París: Mille et une Nuits.
- CHAMBERLIN, Brewster S. (1981). «Todesmühlen. Ein früher Versuch zur Massen-“Umerziehung” im besetzten Deutschland 1945-1946». *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, año 29, núm. 3, págs. 420-436.
- COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (2009). *Noche y niebla. Por los caminos de la impunidad en México. Un estudio sobre tortura, desaparición forzada y justicia militar*, México: CMDPDH.
- CUCAGNA, Osvaldo Hugo (2012). «Actualización de “Cuestiones sobre la historia del robo-desaparición de niños”». *Revista Electrónica de Psicología Política*, año 10, núm. 29, noviembre-diciembre de 2012, págs. 63-65 (www.psicopol.unsl.edu.ar/2012-12-Articulos.pdf; consultado el 7 octubre de 2013).
- DELAGE, Christian y GUIGUENO, Vincent (2004). *L'historien et le film*, París: Gallimard.
- DREYFUS, Jean-Marc (2006). «Censorship and approval: the reception of *Nuit et brouillard* in France». En VAN DER KNAAP, Ewout (ed.), *Uncovering the Holocaust. The international reception of Night and Fog*, Londres / Nueva York: Wallflower, págs. 35-45.
- EVANS, Richard (2001). *Rituale der Vergeltung. Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532-1987*, Berlín / Hamburgo: Kindler.
- FINUCANE, Brian (2010). «Enforced disappearance as a crime under international law: A neglected origin in the laws of war». *The Yale Journal of International Law*, vol. 35, págs. 171-197.
- GRUCHMANN, Lothar (1981). «“Nacht- und Nebel”-Justiz. Die Mitwirkung der Strafgerichte an der Bekämpfung des Widerstandes in den besetzten westeuropäischen Ländern 1942-1944». *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 29, 3, págs. 342-396.
- KL Gross-Rosen 1941-1945. Ausstellungsführer*, Rogoznica, 2005
- KONIECZNY, Alfred (2002). «Das KZ Groß-Rosen in Niederschlesien». En: Ulrich HERBERT, Karin ORTH y Christoph DIECKMANN (eds.), *Die nationalsozialistischen Konzentrationslager*, Fráncfort: Fischer, págs. 309-326.
- LA MARTINIÈRE, Joseph (1981). *Le Décret et la procédure Nacht und Nebel (Nuit et brouillard)*. *Les N. N.*, Orleans: Boulas-Vitry.
- LIE, Arne Brun (1990). *Night and fog*, Nueva York: Norton.
- LIGA COLOMBIANA POR LOS DERECHOS Y LA LIBERACIÓN DE LOS PUEBLOS (1988). *El camino de la niebla: la desaparición forzada en Colombia y su impunidad*, Bogotá.

- LINDEPERG, Sylvie (2007). «*Nuit et brouillard*». *Un film dans l'histoire*, París: Odile Jacob.
- MATTAROLLO, Rodolfo (2010). *Noche y niebla y otros escritos sobre derechos humanos*, Buenos Aires: Capital intelectual.
- MAURICE, Violette (2009). *N. N. Nacht und Nebel, Nuit et brouillard*, París [1946].
- MORRISON, Jack G. (2000). *Ravensbrück. Das Leben in einem Konzentrationslager für Frauen 1939-1945*, Zúrich / Múnich: Pendo.
- MURRAY, Alexander (2013). «Enforced disappearance and relatives' rights before the inter-American and European human rights courts». *International Human Rights Law Review*, núm. 2, págs. 57-81.
- NP (1947). *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Gerichtshof Nürnberg 14. November 1945 – 1. Oktober 1946. Amtlicher Wortlaut in deutscher Sprache*, Núremberg, 23 vols.
- NS-Dokumentationszentrum Rheinland-Pfalz/Gedenkstätte SS-Sonderlager/KZ Hinzert (2005). *Die Gedenkstätte SS-Sonderlager/KZ Hinzert - Erinnerungsort mit europäischer Dimension*, Osthofen.
- NT (1950-1951). *Trials of war criminals before the Nürnberg military tribunals under Control Council Law No. 10*, Washington: Departamento del Gobierno de Estados Unidos, 15 vols., «Green Series».
- PINO-OJEDA, Walescka (2011). *Noche y niebla: neoliberalismo, memoria y trauma en el Chile postautoritario*, Santiago de Chile: Cuarto Propio.
- ROUSSET, David (1965). *L'Univers concentrationnaire*, París: Éditions de Minuit [París: Édition du Pavois, 1946].
- SALAZAR PALACIO, Hernando (1999). *Desaparecidos. El drama de las familias*, Bogotá: Intermedio.
- SCHULTZ, Joachim (ed.) (2009). *Nacht und Nebel: Richard Wagner und die Franzosen; fragmentos escogidos*, Bayreuth.
- SOFSKY, Wolfgang (2008). *Die Ordnung des Terrors: Das Konzentrationslager*, Fráncfort: Fischer.
- TILLION, Germaine (2001). *Frauenkonzentrationslager Ravensbrück*, Fráncfort: Fischer [París, 1973].
- VAN DER KNAAP, Ewout (2006a). «The construction of memory in *Nuit et brouillard*». *Uncovering the Holocaust. The international reception of Night and Fog*, Londres / Nueva York: Wallflower, págs. 7-34.
- (ed.) (2006b). *Uncovering the Holocaust. The international reception of Night and Fog*, Londres / Nueva York: Wallflower.
- WEISS-RÜTHEL, Arnold (1946). *Nacht und Nebel. Aufzeichnungen aus fünf Jahren Schutzhaft*, Múnich: Kluger.
- WORMSER-MIGOT, Olga (1968). *Le système concentrationnaire nazi (1933-1945)*, París: Presses Universitaires de France.

Las denuncias en los casos de los «niños robados». Perspectiva histórico-legal

Lorena Álvarez Taboada

Introducción

El 27 de enero de 2011 la Asociación ANADIR¹ presentó una denuncia en la Fiscalía General del Estado (FGE) de más de doscientos cincuenta casos de los denominados niños robados. Un año después, las denuncias hacían referencia a cerca de mil doscientos casos.

Las denuncias, en su mayor parte interpuestas por progenitores, respondían a un mismo estereotipo. Relataban que una mujer joven había dado a luz a un niño vivo sin complicaciones. Horas después, los responsables del centro hospitalario, médicos o enfermeras, les comunicaban que su hijo había fallecido. En algunos casos, los padres solicitaban que se les mostrara el cuerpo de su hijo. Según relataban, el cuerpo que les habían mostrado no era el de su hijo, sino el de otro bebé que estaba congelado. En muchos de los casos denunciados, el hospital se ofrecía a hacerse cargo del sepelio. A juicio de los progenitores, el niño había sido sustraído y entregado como propio a otros padres.

Las denuncias se remitieron a las distintas Fiscalías competentes por razón del territorio, y estas han venido llevando a cabo las investigaciones.² Cada una de ellas, sin embargo, decidió de manera independiente cómo acometer las investigaciones. En algunos casos, judicializándolas mediante la interposición de denuncias. En otros muchos, la mayoría, incoando diligencias de investigación.

Una investigación penal solo es posible si existe un hecho delictivo y si las responsabilidades no han prescrito. En el caso de los niños robados ambos aspectos son polémicos, es decir, tanto la calificación legal del hecho delictivo como la prescripción de la acción dirigida a perseguirlo.

¹ Asociación Nacional de Afectados por Adopciones Irregulares.

² Oficio del 4 de febrero de 2011 por el que la FGE resolvió que no existían indicios de conexión entre las denuncias para su investigación conjunta, por lo que remitió las denuncias a las Fiscalías Provinciales o de Área correspondientes.

Bien es verdad que desde el principio la Fiscalía sostuvo que los hechos eran susceptibles de ser incardinados en el delito de sustracción de menores del artículo 484 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, que castigaba con pena de presidio mayor (prisión de hasta doce años) la sustracción de menores de siete años, la falsedad documental y la suposición de parto. Al desaparecer este delito con la aprobación del Código Penal de 1995, el sector mayoritario de la doctrina entendió que la sustracción de recién nacidos debía ser tratada como una modalidad agravada del delito de detención ilegal.³

El Tribunal Supremo, por su parte, también se ha pronunciado a favor de calificar como detención ilegal la sustracción de menores. En el caso que dio lugar a la STS 492/2007, del 7 de junio, se trataba de una mujer que fingió un embarazo e hizo pasar como propio e integró en su núcleo familiar al hijo de otra mujer a la que ella misma había causado la muerte.⁴

Idéntico criterio ha mantenido la Fiscalía General del Estado. En la circular 2/2012, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos, y citando, entre otras, la STS núm. 788/2003 del 29 de mayo, se sostiene que «el sujeto pasivo del delito puede ser una persona mayor o menor de edad. El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva. La detención ilegal de un menor en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad deambulatoria o bien deteniendo o encerrando a este, en cuyo caso se le impide no solo el ejercicio de su propia libertad sino también de la del menor».

³ Arts. 163 y ss. del Código Penal, con la agravación del art. 165 del mismo texto legal.

⁴ En la sentencia del TS 492/2007, del 7 de junio, expresamente se establece: «El sujeto pasivo del delito puede ser una persona mayor o menor de edad, agravándose la pena en este supuesto conforme al artículo 165 del Código Penal. El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona, y que incluso no pueda manifestar su voluntad contraria a ser privado de libertad, no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva. La detención ilegal de un menor que se encuentre en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad deambulatoria, que serán ordinariamente sus padres, pero también otros representantes legales e incluso el guardador de hecho, o bien deteniendo o encerrando a aquél juntamente con el menor, siempre en contra [*sic*] o sin su voluntad, pues en esos casos se le impide no solo el ejercicio de su propia libertad sino también de la del menor [...]. En el caso, los hechos que se recogen en el relato fáctico ponen de relieve que el menor fue separado de sus familiares biológicos en contra de la voluntad de estos».

Respecto de la prescripción, el criterio mantenido ha sido considerar que, dada la naturaleza permanente del delito, el plazo no se inicia hasta que el menor sustraído conoce su verdadera filiación.⁵

La existencia de delito junto con esta interpretación sobre el cómputo de la prescripción permitieron que se incoaran numerosos procesos de investigación, alguno de los cuales todavía hoy se encuentra abierto. No obstante, a los diez meses de haberse iniciado las primeras investigaciones, la Fiscalía General del Estado publicó un documento sobre el estado de estas del que resultaba que se habían archivado alrededor de la cuarta parte de las denuncias presentadas.⁶

Ya entonces se evidenció que, bajo la denominación genérica de «niños robados», en realidad se comprendían supuestos muy diferentes, los cuales se pueden agrupar en cuatro categorías bien diferenciadas:

- a) Algunas denuncias se limitan a expresar una vaga sospecha de la sustracción de un menor. Frecuentemente, según exponen los denunciante, la sospecha surge de las informaciones proporcionadas por los medios de comunicación (por coincidencia de fechas o lugar de alumbramiento). No obstante, tras la investigación puede acreditarse el nacimiento y fallecimiento del menor y descartar la sospecha inicial de los denunciante.
- b) Otros supuestos, los que aún se están investigando, son los casos más conocidos de sustracción de menores y suposición de parto en los que, según las denuncias, una mujer daba a luz a un niño maduro y sano y a los pocos días se le comunicaba que este había muerto, atribuyendo el fallecimiento a diferentes causas.
- c) Muchas denuncias responden a los prejuicios sociales de la época en que estos hechos se producen, entre los años cincuenta y ochenta. Se trata de casos de madres en situación de vulnerabilidad extrema (mujeres solteras jóvenes y generalmente primíparas) sometidas a presiones y coacciones para que entreguen en adopción a sus hijos recién nacidos.

⁵ Así resultó la reunión de la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas celebrada en Palma de Mallorca el 14 de noviembre de 2011 reiterado en la citada circular 2/2012: «A la hora de optar por una u otra pauta exegética deben tenerse especialmente en cuenta dos datos fundamentales: 1) la Fiscalía General del Estado ya marcó una línea unificadora en la Junta de Fiscales Superiores celebrada en fecha 17 de junio de 2011, en la que se estableció el criterio de que el *dies a quo* de inicio de la prescripción se anudaría al conocimiento de la verdadera filiación; 2) alguna Audiencia Provincial, a instancias del Ministerio Fiscal, ha asumido ya este criterio (véase AAP Madrid secc. 1.a núm. 699/2012, de 28 de septiembre)».

⁶ Datos publicados por la propia Fiscalía General del Estado, a raíz de la reunión de la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas celebrada en Palma de Mallorca el 14 de noviembre de 2011, en www.fiscal.es.

d) Y algunas son consecuencia de una práctica muy extendida en aquellos años. Una concepción paternalista de la relación entre médico y paciente que en muchos casos llevaba a los médicos, con una finalidad compasiva, a evitar dar a los padres información dolorosa, a costa de impedirles hacer adecuadamente el duelo por la muerte de su hijo. De hecho, puede decirse que era una práctica relativamente frecuente que, con la finalidad de evitar sufrimientos a los progenitores, no se les informara de las circunstancias del fallecimiento del neonato ni se les mostrase el cadáver, lo que en muchos casos ha generado una sospecha mantenida en el tiempo de que su hijo les fue sustraído y todavía vive.

Conviene detenerse en este último grupo de casos, muy frecuente en partos prematuros de criaturas abortivas.⁷ Estos casos han presentado importantes dificultades en la investigación y en la reconstrucción del rastro documental de los nacidos. Esto se debe, en primer lugar, a la falta de inscripción de las criaturas abortivas en el Registro Civil, inscripción que no era obligatoria hasta la entrada en vigor de la Ley de Registro Civil de 1957.

En efecto, la ley provisional de 1870 no hacía referencia a las criaturas abortivas. Según establecía esta ley, las inscripciones de los nacidos se realizaban mediante presentación del nacido en el registro dentro de los tres días siguientes al nacimiento.⁸ Si el nacido había fallecido, lo que se preveía era que se presentase el cadáver con manifestación de los presentantes de que la muerte se había producido después del nacimiento. En su caso, constaba además la declaración del facultativo sobre el momento en el que se había producido el fallecimiento, es decir, antes o después de nacer.⁹

No solo a la falta de inscripción; también a causa de la insuficiente identificación del recién nacido que fallecía a poco de nacer. Si bien a partir de la promulgación de la Ley del Registro Civil (LRC) de 1957 se establecía la obli-

⁷ Nacidos de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente, que no tuvieran figura humana o no hubieran vivido las 24 horas desprendidas del seno materno que exigía el art. 30 del Código Civil.

⁸ Art. 45 de la Ley provisional: «Dentro del término de tres días, a contar desde aquel en que hubiese tenido lugar el nacimiento, deberá hacerse presentación del recién nacido al funcionario encargado del Registro, quien procederá en el mismo acto a verificar la correspondiente inscripción».

⁹ Art. 53: «Si se presentase al encargado del registro el cadáver de un recién nacido, manifestándose que la muerte ha ocurrido poco después del nacimiento[,] se hará constar por declaración verbal del facultativo si aquel ha fallecido antes o después de nacer y por declaración de los interesados la hora del nacimiento y fallecimiento. De todas estas circunstancias se hará mención en la inscripción de nacimiento e inmediatamente se inscribirá la defunción en el libro de la Sección correspondiente del Registro Civil».

gación de inscribir a las criaturas abortivas¹⁰ y se obligaba al médico a dar parte escrito del alumbramiento,¹¹ no se imponía la obligación de identificarlo asignándole nombre y apellidos, lo que en muchos casos ha provocado que el seguimiento documental de la criatura alumbrada resulte particularmente complicado (pues solo figura inscrita como «nacida de...»¹²).

Por si todo esto no fuera suficiente, a lo anterior se añade que no se enterraba a las criaturas en las fosas familiares sino en espacios habilitados para la inhumación de criaturas abortivas, lo que, a su vez, en numerosos casos ha determinado la imposibilidad de practicar la prueba del ADN.

Por todas estas razones, y ante la imposibilidad de acreditar ni siquiera el hecho objeto de la denuncia, muchas de estas denuncias se han archivado sin poder dar respuesta a la sospecha de los progenitores. Solo en algunos casos ha sido posible despejar las dudas de los denunciados, a pesar de no haberse podido practicar la prueba de ADN: aquellos en los que, examinadas por el médico forense las condiciones del alumbramiento o del nacido, podía inferirse racionalmente que el nacido era inviable y que, por lo tanto, su muerte hubo de producirse inevitablemente. En el resto de los casos nunca se podrá despejar la sospecha, y los padres permanecerán en la duda de si su hijo realmente murió o les fue sustraído.

El éxito de las investigaciones se enfrenta a otras dificultades. En su mayor parte, las denuncias han sido interpuestas por progenitores —en especial madres— en busca de sus hijos biológicos, y no por los hijos en busca de sus padres. Esto, que es debido a que los hijos por lo general desconocen que se los sustrajo, plantea un importante problema. Aun cuando pueda acreditarse la sustracción, es prácticamente imposible facilitar el encuentro de los denunciados con sus hijos biológicos.

¹⁰ LRC, artículo 45: «Las personas obligadas a declarar o dar el parte de nacimiento están también obligadas a comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente. En el Registro Civil se llevará un legajo con las declaraciones y partes de estos abortos».

¹¹ LRC, artículo 46: «Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, en todo caso el médico, comadrona o ayudante técnico sanitario que asista al nacimiento estará obligado a dar inmediatamente parte escrito del mismo al encargado del Registro. En defecto del parte, el encargado, antes de inscribir, deberá comprobar el hecho por medio del médico del Registro Civil o por cualquier otro procedimiento reglamentario».

¹² LRC, artículo 173: «La declaración y parte expresarán el aborto o, en su caso, el alumbramiento y muerte; contendrán, en cuanto sea posible, las circunstancias exigidas para la inscripción de nacimiento y defunción y, particularmente, el tiempo aproximado de vida fetal y si la muerte de la criatura se produjo antes, al tiempo o después del alumbramiento, indicando en este último caso, con toda exactitud, las horas del alumbramiento y muerte».

En un número muy reducido, las denuncias fueron interpuestas por hijos cuyos padres llegaron a manifestarles que, a pesar de figurar inscritos como hijos biológicos, en realidad no lo eran. En algunos casos, los habían adquirido por un precio y la que aparecía como su madre biológica había fingido el embarazo y el parto para hacerlo pasar como su hijo biológico. Estas circunstancias hacen, además, que los denunciante se enfrenten a un importante dilema que para el sistema legal no debería pasar inadvertido. Los hijos, si quieren llegar a conocer su verdadero origen, se ven obligados a denunciar a sus padres como cooperadores necesarios del delito de detención ilegal que cometieron al simular el parto y falsear su filiación. Pero, en estos casos —en muchos de ellos, al menos—, es posible que ni los hijos ni sus padres conozcan en realidad si realmente los sustrajeron, si sus madres fueron coaccionadas para desprenderse de ellos o si en realidad los entregaron de forma voluntaria, en algunas ocasiones acuciadas por la necesidad y en otras para evitar que trascendiese el hecho del embarazo y el alumbramiento. Lo que en estos casos no se puede negar es que en general los datos aportados por los padres resultan decisivos para determinar el origen biológico de los menores.

Además, como se ha expuesto, muchas veces la entrega por parte de la madre fue voluntaria, a pesar de figurar inscritos como biológicos. Esto a su vez planteará un problema adicional al colisionar el derecho del adoptado a conocer su origen biológico¹³ con el derecho a la intimidad de su madre.¹⁴

¹³ El derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos es un derecho de reciente reconocimiento que se vincula a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad del art. 10 de la CE. En este sentido, así lo ha declarado el Tribunal Supremo de España en sentencia del 22 de mayo del 2000: «El derecho del hijo a conocer su origen biológico adquiere tal relevancia que, incluso, la propia Constitución española exhorta al legislador a que se posibilite la investigación de la paternidad (artículo 39). Pero no solo eso; principio también rector de la actuación de los poderes públicos es asegurar la protección integral de los hijos. Concretamente, la Constitución establece que los hijos, con independencia de su filiación, son iguales ante la Ley y tienen derecho a ser asistidos por sus padres hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Y es que el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución)». Ahora bien, este derecho no es absoluto respecto a la identidad de los progenitores biológicos. Así, por ejemplo, la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo, reconoce la existencia del derecho a la protección de la identidad, estableciendo que: «Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones según las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos, así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros».

¹⁴ Véase en este sentido la sentencia del TEDH del 13 de Febrero de 2003, *Odièvre vs. France*. Planteaba la demandante en el proceso la vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio al no poder acceder

De todo lo hasta ahora expuesto resulta una idea clara. El llamado fenómeno de los niños robados no responde a un perfil único, ni se trata exclusivamente de los supuestos de delito de sustracción de menores y suposición de parto. Se trata más bien de un fenómeno polifacético que tiene causas diversas y que solo puede comprenderse en su auténtico significado si se sitúa en el contexto de una época determinada en la historia de España.

Los datos revelan que la mayor parte de los casos denunciados se habrían producido entre los años cincuenta y mediados de los ochenta. De hecho, las denuncias desaparecen tras la reforma del sistema legal de adopción con la entrada en vigor de la ley 21/87 del 11 de noviembre.

Las denuncias responden, pues, a una situación histórica concreta en la que, por un lado, la finalidad de la mujer era atender al esposo y al hogar y, por otro, ser madre.¹⁵ La infertilidad era un tema tabú por lo que suponía de vergüenza para la familia y en particular para la mujer que no podía atender a uno de los fines primordiales del matrimonio.¹⁶

A estas circunstancias sociales se une el desarrollo económico, un periodo de crecimiento económico sostenido que permitió dedicar los excedentes no solo a atender a la crianza de más hijos (*baby boom*), sino también a dedicar los

a los datos de su madre biológica, que deseaba que estos no se revelaran como permitía la ley francesa. El tribunal, reconociendo el derecho de los hijos a conocer sus orígenes biológicos, declara que no hay vulneración del derecho en la colisión entre los derechos de la hija y de la madre: «On the one hand, people have a right to know their origins, that right being derived from a wide interpretation of the scope of the notion of private life. The child's vital interest in its personal development is also widely recognised in the general scheme of the Convention (see, among many other authorities, *Johansen vs. Norway*, judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, p. 1008, § 78; Mikulić, cited above, § 64; and *Kutzner vs. Germany*, no. 46544/99, § 66, ECHR 2002-1). On the other hand, a woman's interest in remaining anonymous in order to protect her health by giving birth in appropriate medical conditions cannot be denied. In the present case, the applicant's mother never went to see the baby at the clinic and appears to have greeted their separation with total indifference (see paragraph 12 above). Nor is it alleged that she subsequently expressed the least desire to meet her daughter. The Court's task is not to judge that conduct, but merely to take note of it. The two private interests with which the Court is confronted in the present case are not easily reconciled; moreover, they do not concern an adult and a child, but two adults, each endowed with her own free will». La sentencia menciona igualmente el interés del Estado en prevenir abortos y abandonos de menores: «There is also a general interest at stake, as the French legislature has consistently sought to protect the mother's and child's health during pregnancy and birth and to avoid abortions, in particular illegal abortions, and children being abandoned other than under the proper procedure. The right to respect for life, a higher-ranking value guaranteed by the Convention, is thus one of the aims pursued by the French system».

¹⁵ En estos términos se describe la posición de la mujer en los Extractos de la Sección Femenina de la Falange Española y de las JONS de 1958.

¹⁶ No hay que olvidar que, según la doctrina de la Iglesia Católica, uno de los fines del matrimonio, además del bien común de los esposos, es la procreación.

medios necesarios para subvenir a los gastos derivados de una suposición de parto.¹⁷ Y es en este contexto social y económico donde se encuentra el germen de un mismo fenómeno, aunque con diferentes caras: el tráfico de niños recién nacidos, las adopciones irregulares y los niños robados.

En cierto modo, es sumamente revelador que el legislador en la exposición de motivos de la Ley 21/1987, del 11 de noviembre, no ocultase que una de las finalidades que se pretendían conseguir al reformar el procedimiento de adopción era poner fin al odioso tráfico de niños, que en esa época ya era denunciado en los medios de comunicación e incluso llegó a ser objeto de alguna investigación judicial aislada.

Por lo tanto, si la mayor parte de los casos denunciados se producen en esos años, cabe preguntarse: ¿cuáles eran las limitaciones para la adopción que determinaban que las familias no acudieran a la tramitación ordinaria y, en lugar de ello, prefirieran fingir un embarazo y un parto?

Mi tesis es que una legislación deficiente en materia de adopción, ligada fundamentalmente a su consideración no tanto como una medida de protección de los menores sino más bien como una institución que garantizaba la conservación del patrimonio familiar, junto con ciertos factores sociales derivados de la posición social de la mujer en las sociedades tradicionales y el estigma de la infecundidad explican la dimensión que en esos años adquirió este fenómeno, sin parangón en ninguna otra época de nuestra historia. Esto, además, se vio favorecido por algunos rasgos que caracterizaban la regulación legal de la adopción hasta la reforma de 1987: el anonimato al que se acogían las madres que confiaban su hijo a la institución de expósitos; un control muy deficiente en los procedimientos de adopción; y, sobre todo, una regulación que en la práctica realmente impedía la adopción de niños recién nacidos.

Desde esta perspectiva múltiple, examinaré a continuación la evolución del sistema de protección en relación con los menores abandonados, para a continuación ocuparme de la evolución correlativa de la legislación en materia de adopción. Y a partir de estas fuentes intentaré identificar, a modo de conclusión, los factores sociales y jurídicos que han alentado el fenómeno de la sustracción de menores con suposición de parto o adopciones irregulares.

¹⁷ Los gastos a los que había que atender eran muy variados. Al precio que en muchas ocasiones había que pagar para conseguir el recién nacido hay que añadir que, para fingir el embarazo, las futuras madres se veían obligadas a abandonar su hogar durante meses antes.

El sistema de protección de menores abandonados o expósitos

El abandono de los niños es un fenómeno relativamente frecuente en el desarrollo de las sociedades urbanas, ya sea por su condición de ilegítimos, con los problemas que dicha circunstancia acarrea a la mujer, como por las dificultades económicas para su manutención.

El honor de la mujer formaba parte de la reputación de la familia, de su patrimonio moral. Al considerarse las relaciones sexuales fuera del matrimonio pecado mortal, un embarazo fuera del matrimonio suponía un gran peligro para la mujer y para su descendencia, que se verían privados del necesario apoyo familiar para su sustento. En este contexto social se explica que históricamente la filiación ilegítima fuese el primer factor de abandono y el más importante.

Por lo general, los abandonos se producían en sitios públicos y visibles para que los menores pudieran ser recogidos y salvados, a pesar de lo cual su índice de mortalidad era muy elevado. Para reducirla, una ley de 1808 introdujo el torno para la exposición de los menores.

Si bien existen precedentes en la protección de menores desamparados por parte de la Iglesia, desde la perspectiva institucional, las inclusas o casas de expósitos o de niños surgen durante el siglo XVIII por la necesidad de evitar los infanticidios y salvar el honor de las madres.¹⁸ Igualmente surgen debido a la preocupación por la suerte de los menores que vagaban por las ciudades, abandonados y condenados a la muerte. Ahora bien, la mortalidad de los menores en las casas cuna y de expósitos era muy elevada, y solo tenían alguna posibilidad de sobrevivir los que se entregaban a mujeres en edad de crianza para que se ocuparan de ellos hasta los tres años. Si luego no los prohijaban, se devolvían a la casa y posteriormente se les enseñaba un oficio.

Estas instituciones se encontraban a cargo de la Iglesia y de particulares,¹⁹ generalmente bajo el auspicio de reyes y nobles. La Ley de Beneficencia de 1822

¹⁸ Como recoge Juan Luis Sevilla Bujalance (2001) en *Los niños expósitos y desamparados en nuestro derecho histórico*, la primera normativa de Casas de Expósitos es de 1870, que recogía pobres y expósitos, si bien ya se planteaba la necesidad de separar a los menores de los adultos de su mismo sexo con el objeto de evitar el contagio y «que no aprendan de su trato los vicios tan comunes en estos hombres y mujeres, que se han criado en licenciosa vida mendiga».

¹⁹ Tradicionalmente eran las órdenes religiosas las que se dedicaban al cuidado de enfermos y desfavorecidos. No obstante, un decreto de 1820 cambió radicalmente esta situación al suprimir órdenes monacales y reformar las regulares: «Las Cortes, después de haber observado todas las formalidades prescritas en la Constitución, han decretado lo siguiente: Art. 1.º. Se suprimen todos los monasterios

es el primer intento de organización de la beneficencia, al regular las juntas municipales de beneficencia y su control por las autoridades municipales. Por primera vez se regulaban las casas de maternidad para embarazadas de ilegítimos a partir de siete meses y para cuidar menores de corta edad, ya fuese en periodo de lactancia como hasta los seis años de edad.

Dichas casas tenían por objeto evitar los abortos así como «las perniciosas consecuencias que puede acarrear a la mujer las faltas cometidas» y proporcionar asilo a las «menesterosas en periodo de gestación».²⁰ Dichas instituciones permitían que las mujeres diesen a luz en condiciones de salubridad y anonimato. Por ello, tanto la admisión como la estancia eran secretas y ninguna de las mujeres era llamada por su nombre sino por el número de la cama.

Al abandonar el establecimiento podían llevarse a su hijo o dejarlo en la inclusa o casa de expósitos.

El abandono de los expósitos en las inclusas estaba igualmente sometido a condiciones de anonimato.²¹ En muchas ocasiones, simplemente se dejaba constancia de las ropas del menor cuando había sido recogido.²²

de las órdenes monacales; los de canónigos regulares [...]; los de San Juan de Dios y los betlemitas, y todos los demás hospitalarios de cualquier clase».

²⁰ En las maternidades existían frecuentemente dos departamentos: *a*) de distinguidas, que podían ingresar al quinto mes de gestación, con pensión diaria; *b*) comunitario, donde ingresaban al séptimo mes y cuya estancia era gratuita.

²¹ Llaman la atención en este sentido las exigencias que, para los porteros de las inclusas, establecían los artículos 159 a 162 del reglamento de la inclusa y colegio de la Paz de Madrid. Los porteros debían tener mucho juicio y honradez para no dejarse sorprender por las personas que se acercaran a tener noticias de las menores que encontraban en el establecimiento (artículo 159). Asimismo, no debían hacer ninguna pregunta a las personas que fueran a entregar menores, limitándose a conducirlos a la oficina o a la hermana encargada (artículo 160).

²² Y esta práctica se mantuvo en el tiempo. Por ejemplo, el art. 169 de la LRC de 1958 establecía: «La inscripción, cuando se ignore el término municipal y fecha de nacimiento, solo procede en virtud de expediente que necesariamente, en defecto de otras pruebas, establecerá la fecha por la edad aparente, según informe médico, y el término por el primero conocido de estancia del nacido. Tratándose de acogidos en casas de expósitos, basta como prueba la información que proporcionará su jefe, al que, en su día, será comunicada la inscripción, con indicación del tomo y la página. En la resolución, tratándose de menores expósitos o abandonados, además de las circunstancias inscribibles, se mencionará:

- 1.º La hora, fecha y sitio del hallazgo y menciones de identidad de la persona que los haya recogido.
- 2.º Señas particulares de conformación.
- 3.º Relación de documentos, ropas y demás objetos encontrados.
- 4.º Cuantas circunstancias sean útiles para la futura identificación.

Con la resolución se archivarán los documentos referidos; los demás objetos, siendo de fácil conservación, serán marcados para, en todo tiempo, poder ser reconocidos, y los que no están bajo custodia de la casa de expósitos, serán convenientemente depositados. No se expresará en los asientos ninguna indicación de la exposición o abandono».

El anonimato era, por tanto, el rasgo característico del funcionamiento de estas instituciones. Su objetivo era proteger a la mujer evitando que se conociese públicamente su descrédito, su deshonra, y así favorecer el acogimiento de hijos abandonados por ilegítimos. Pero lo cierto es que, con el desarrollo de la sociedad industrial, el anonimato no solo favoreció la exposición de hijos concebidos de forma ilegítima sino también de menores hijos de la necesidad y la pobreza.

Si en las sociedades rurales no era infrecuente que la mujer criara a sus hijos ilegítimos, hecho que era aceptado por la comunidad, las condiciones de pobreza en las ciudades determinaron que el número de menores abandonados se incrementara, como demuestra la creación de inclusas a lo largo de todo el territorio nacional. Como advierte Pérez Moraleda, «los expósitos eran hijos de la pobreza o de la vergüenza, y en no pocas ocasiones de ambas situaciones a la vez. No todos los abandonados eran ilegítimos, generándose a lo largo de los años una corriente asociada a la pobreza, que impelía a las madres a depositar a sus hijos en casas de expósitos por salvarlos de la miseria de sus casas, derivándolos a otra miseria no menos cierta».²³

La legislación posterior (entre 1845 y 1849) responde a la necesidad de reorganización administrativa y centralización en la Junta General de Madrid. Tras la Constitución de 1868, se suprimen las Juntas de Beneficencia y se crean las Juntas Provinciales de Beneficencia Particular, manteniéndose el sistema de protección de los menores.

Los siguientes intentos de modernización del sistema de protección de menores cristalizaron en la primera década del siglo xx ante la preocupación, sobre todo de carácter médico, por la suerte de los menores vagabundos y abandonados. En realidad, puede decirse que a partir de este momento el punto de mira se irá desplazando progresivamente de la madre al menor, es decir, de atender a las necesidades de la madre obligada a ocultar su filiación natural, a centrar la atención en las necesidades asistenciales del menor. Primero las materiales, una vez que los hijos de la pobreza empiezan a ser objeto de abandono. Y en la actualidad, en el marco de las obligaciones que incumben al Estado social, también a las morales.

En 1904 se promulga la primera ley española de Protección a la Infancia. En 1908 se crean las Juntas Provinciales y Locales de Protección de la Infancia y el Consejo Superior de Protección de la Infancia y Represión de la Men-

²³ Citado en *Apuntes para una historia del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Crónica de una transformación: del concepto asistencial a la atención individualizada del menor*, de Beatriz Hernando Pertierra.

dicidad. En 1918 se crean y ponen en funcionamiento los Tribunales para Niños, que posteriormente, en 1925, 1929, 1940 y 1948, se reestructuran y reciben la denominación de Tribunales Tutelares de Menores.

Tras la Guerra Civil, un decreto del 2 de julio de 1948 aprueba el texto refundido de la legislación sobre protección de menores que correspondía al Consejo Superior de Protección de Menores, a las Juntas de Protección y a los Tribunales Tutelares. La acción protectora se extendía a las mujeres embarazadas e incluía el «amparo de los menores moralmente abandonados» y la representación legal de los menores que carecieran de ella. También se crea la Obra de Protección de Menores, como organismo autónomo dependiente del Ministerio de Justicia, del que dependían los Tribunales Tutelares.

Estos sistemas de protección se han mantenido hasta la entrada en vigor de la Ley 21/87, que introduce un nuevo sistema de protección de menores (o más bien revoluciona el existente). Uno de los elementos fundamentales de esta ley fue el cambio radical en materia de protección al atribuir a la entidad pública la protección de los menores en situación de desamparo, lo que se produce cuando sus progenitores o familiares no son capaces de subvenir a las necesidades morales o materiales que el menor necesita para su desarrollo, supuesto en el que son las entidades públicas quienes se ven obligadas a atenderlos.²⁴

Legislación en materia de adopción

Aunque la adopción y el prohijamiento fueron relativamente frecuentes durante el siglo XIX y principios del siglo XX,²⁵ la finalidad primordial a la que respondía esta institución era propiciar pactos de contenido patrimonial entre adoptante y adoptado, más que atender a las necesidades de los menores desamparados o integrar al adoptado en la familia del adoptante.

²⁴ El artículo 172 del Código Civil (en su redacción originaria) establece lo siguiente: «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores tiene por ministerio de la Ley la tutela de los que se encuentran en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

²⁵ Ya la Ley de Beneficencia de 1822 regulaba la institución del prohijamiento con la que los niños desamparados podían convivir con una familia distinta de la biológica de modo permanente, con la finalidad de poder lograr la adopción.

En su redacción original, el Código Civil dedicó un capítulo a la regulación de la adopción, en el que la permitía a los mayores de cuarenta y cinco años con al menos quince más que el adoptado. Pero sus efectos eran muy limitados ya que el adoptado no adquiriría derecho a heredar al adoptante, salvo en testamento «a menos que en la escritura de adopción se haya este obligado a instituirle heredero» y conservaba los derechos que le correspondían en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad. El adoptado debía consentir si era mayor de edad; y si era menor el consentimiento correspondía otorgarlo a las personas que debían autorizar su matrimonio o el tutor si estaba incapacitado. En todo caso, requería autorización judicial previa audiencia del Ministerio Fiscal.

La mera lectura de la regulación de esta institución evidencia que la finalidad de la adopción no era la integración del adoptado en la familia del adoptante, puesto que este conservaba los vínculos con su familia natural. Tampoco la de atender a las necesidades de los menores desamparados, pues se admitía, con carácter general, la adopción de los mayores de edad. Así pues, puede decirse que la institución, que respondía a una concepción cercana al derecho romano, presentaba un contenido fundamentalmente patrimonial.

Es muy significativo que el inicio de la transformación de esta institución se sitúe en el decreto del 10 de abril de 1937,²⁶ ante la necesidad de atender a los menores huérfanos durante la contienda civil.

Probablemente debido a las circunstancias, en la evolución de la regulación legal de la adopción se observa una mayor preocupación, al menos social, por la situación de los menores. La ley dio más flexibilidad a la institución, rebajó la edad de los adoptantes a treinta años y equiparó en los derechos sucesorios a los hijos adoptados salvo que en las condiciones de la adopción se determinara lo contrario. En particular, exigía la aquiescencia de los menores mayores de diez años que tuvieran capacidad de discernimiento.

Sin embargo, lo que interesa destacar en la evolución que se va a producir a partir de ese momento es que, tratándose de abandonados, el expediente de la adopción tenía un carácter fundamentalmente administrativo y que en estos

²⁶ A pesar de la creencia general de que la adopción era una institución poco utilizada en España y que obedece al desarrollo del país en las últimas décadas, la exposición de motivos de la ley ya establece lo siguiente: «Son muchos los españoles que, llevados de este humanitario deseo y con el convencimiento de que la razón y el afecto están muy por encima de la ley de la sangre, se han dirigido a este Ministerio en solicitud de que se modifiquen las disposiciones del Código Civil en materia de adopción, sometida a una reglamentación rígida y severa, imprimiéndolas [*sic*] un sentido más generoso y amplio que permita encauzar y renovar la vieja institución jurídica flexibilizando sus normas para que estas cobijen aquellos nobles sentimientos».

casos no resultaba imprescindible el consentimiento de los padres biológicos; lo cual, unido —como veremos— a la imposibilidad legal de adoptar niños recién nacidos, constituye el germen que dará lugar al fenómeno hoy conocido con el nombre de «niños robados».

La ley del 17 de octubre de 1941²⁷ sobre la adopción de los niños acogidos en casas de expósitos establecía que el expediente de adopción sería tramitado exclusivamente por la administración del establecimiento benéfico donde se encontrara el presunto adoptado al que le correspondía su tutela. Se limitaría a averiguar la moralidad y honradez del adoptante o adoptantes y a oír al adoptado si fuere mayor de catorce años, así como a sus parientes naturales más próximos si fueran conocidos. El expediente se elevaba a la aprobación del juez de la primera instancia competente, quien, previa audiencia del Ministerio Fiscal y si encontraba cumplidos los trámites, lo aprobaba ordenando el otorgamiento de la correspondiente escritura, a suscribir por los solicitantes y el presidente de la Diputación Provincial. No obstante, permitía al establecimiento controlar la conducta del adoptante hasta la mayoría de edad del adoptado, y lo capacitaba para revocar la adopción.

Lo más importante es señalar que quien elevaba al juez el expediente de los menores abandonados en los establecimientos eran los propios establecimientos (algunos de ellos de carácter privado), a quienes correspondía igualmente la instrucción del expediente, el cual, por lo tanto, no tenía carácter judicial.

La ley del 24 de abril de 1958 de reforma del Código Civil introduce dos clases de adopción: la plena (reservada a abandonados y expósitos) y la menos plena. Se reconoce que la adopción confiere al adoptante la patria potestad. Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto aunque este muera intestado, salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder o en causa de desheredación, o que se declare extinguida la adopción. No obstante, mantiene que el adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza. Asimismo, la adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.²⁸

²⁷ Como recoge la exposición de motivos de la ley, era frecuente el prohijamiento de los menores en casas de expósitos. No obstante, presentaba dificultades ya que el prohijado, por razón de estudios o de matrimonio, podía llegar a conocer su origen «turbio y deshonoroso».

²⁸ Código Civil, art. 174.

También esta ley atribuye la facultad de instrucción del expediente a la administración del establecimiento benéfico, que debía realizar las comprobaciones necesarias. El artículo 176.2 del Código Civil establecía que «si el adoptado estuviera sometido a tutela de una casa de expósitos u otro establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la administración de este haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado si tuviere suficiente juicio y a sus más próximos parientes si fueren conocidos. El expediente se elevará a juez[,] quien, en el plazo de ocho días y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan».

Añade la posibilidad de que los padres biológicos puedan impugnar la adopción de su hijo en el caso de tratarse de un menor abandonado o expósito, pues en estos casos, por su situación, no se exigía su consentimiento. Pero la impugnación solo podía prosperar si los progenitores conseguían acreditar su falta total de culpabilidad en el abandono o en la exposición, lo que en ambos casos era infrecuente.

Ahora bien, en relación con los menores abandonados o expósitos, la reforma introduce una previsión cuya importancia debe ser subrayada puesto que, al provocar que disminuyese el número de niños abandonados menores de tres años que podían ser adoptados, se encuentra en el origen del fenómeno de los niños robados: «Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes».²⁹

También es fundamental la importancia de la ley del 4 de julio de 1970 en relación con el consentimiento que han de prestar los progenitores. La ley mantiene los dos tipos de adopción. No obstante, introduce una importante modificación respecto de la adopción de los abandonados, al establecer:

En la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueren conocidos o se presentaren. Se considerará abandonado al menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que esta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias.

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéficos se considerará también como abandono en los siguientes casos:

²⁹ Código Civil, art. 178.

- a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación.
- b) Cuando, aun siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.

En uno y otro caso, la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor seis meses continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo. La situación de abandono será apreciada y declarada por el juez competente para conocer el expediente de adopción.³⁰

Si al amparo de esta legislación se desarrolló un fenómeno delictivo que hoy se está investigando y cuya dimensión todavía se desconoce,³¹ lo que también debe subrayarse es que concluye bruscamente con la ley 21/87, la cual produce una revolución en materia de protección de menores y adopción. Y ello por cuanto, como se señala en su exposición de motivos, se pretende «basar la adopción en dos principios fundamentales: su configuración como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado[,] que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor, son servidas en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los artículos 108 y siguientes del Código Civil».

La plena integración del adoptado en la familia del adoptante se completa con el incremento del control de las fases previas de la adopción a cargo de la entidad pública de protección. Y es en este punto donde se observa un cambio sustancial. La protección de los menores en situación de desamparo se atribuye a la entidad pública, quedando fuera del circuito y control de los establecimientos, como sucedía hasta entonces. Es cierto que algún sector doctrinal criticó duramente la atribución de la tutela a la entidad pública, al entender

³⁰ Código Civil, art. 174.

³¹ Cabe recordar la variedad de supuestos que se engloban en el fenómeno de los niños robados, así como las dificultades para investigarlos que se han apuntado en la primera parte del trabajo. Habría que añadir, si se conocen, datos sobre las investigaciones actualmente abiertas.

que esto suponía que los niños pasaban a ser patrimonio del Estado. No obstante, la práctica ha demostrado que el sistema actual se ha venido a convertir en un importante instrumento de garantía para los menores en situación de desamparo, asegurando no solo que los menores sean adoptados por los candidatos más idóneos, sino también garantizándoles una atención integral con la familia de origen para facilitar la unión familiar en beneficio de los menores.

Conclusión

- 1) La protección de los menores en situación de desamparo no se entiende sin comprender las circunstancias por las que se produce el abandono. El abandono de los menores por sus progenitores naturales supone, con carácter general, la entrega para que el menor tenga posibilidades de subsistir. Esa entrega exigía condiciones de anonimato (por las circunstancias en las que se producía) que facilitaban la exposición y, si bien es probable que salvara a muchos niños, en contrapartida dificulta extraordinariamente que los abandonados lleguen a conocer quiénes son sus padres biológicos y cuál es su origen.
- 2) La adopción de menores abandonados ha sido una institución de uso frecuente en la España de los siglos XIX y principios del XX. Dicha institución ha sufrido una importante evolución, y desde el código de 1889 ha sido objeto de una constante transformación. Superando su concepción originaria vinculada a intereses fundamentalmente patrimoniales, desde mediados del pasado siglo se configura para buscar la integración del adoptado en la familia del adoptante, al tiempo que se incrementan las facultades de control de la entidad pública de protección, lo que pondrá fin al fenómeno de los niños robados.
- 3) El fenómeno de los «niños robados» se inicia durante la posguerra y se mantiene hasta los primeros años de democracia. Pasada la posguerra, durante los años cincuenta, España empieza una nueva fase de desarrollo económico que va a suponer, por un lado, que el número de abandonos sea menor; por otro, que los menores abandonados ya no sean fundamentalmente hijos de la pobreza sino de «la vergüenza» y, finalmente, que haya personas con capacidad económica suficiente para que se les ofrezca y acepten la compra de un menor.

A diferencia de lo que ocurría durante el siglo XIX y principios del XX, la adopción se ve influida por connotaciones morales. Es el caso, por un lado, de

las mujeres que no podían concebir hijos, lo que chocaba frontalmente con la concepción femenina en el régimen de la dictadura. Por otro, las consideraciones de carácter moral también influyen en el origen del abandono, pues en una sociedad con más capacidad económica es lógico pensar que los menores abandonados sean más hijos de la vergüenza (ilegítimos) que de la necesidad y la pobreza.

Además, siendo desde todo punto de vista más sencilla la adopción de niños recién nacidos que la de niños mayores (su integración en la unidad familiar es más fácil, se oculta mejor su verdadero origen, etc.), esta situación contrasta con una regulación legal que de hecho impide la adopción de los menores recién nacidos. Como se ha señalado, desde 1958 se impide la adopción de menores abandonados si no han permanecido tres años en el establecimiento.

Todos estos factores constituyen el caldo de cultivo social y jurídico en el que se desarrollaron las sustracciones de menores y las adopciones irregulares: connotación moral del abandono y la adopción; capacidad económica de los adoptantes; anonimato absoluto en la entrega de los menores; falta de control previo de las condiciones de abandono y de la adopción; imposibilidad de la adopción de niños abandonados menores de tres años desde 1958.

A día de hoy, todavía no se ha celebrado ningún juicio por los casos de los niños robados. La mayor parte de las madres no han recibido confirmación de la sospecha de que su hijo, de quien un día le dijeron que había muerto, en realidad le fue sustraído y todavía está vivo. Y, aun en los casos de certeza, en la mayoría de ellos tampoco ha sido posible decirles dónde están sus hijos.

Asimismo, muchos adultos han sabido que son adoptados pero que no hay rastro de su adopción. Han convivido con familias que no son las suyas en origen, que los han cuidado y atendido, pero sin poder conocer quiénes eran. Ignoran si fueron sustraídos, si sus madres los abandonaron voluntariamente o si recibieron presiones para que los entregasen o, simplemente, si las engañaron y se apropiaron de ellos. Para todos ellos su historia se perdió para siempre.

Bibliografía

- ARANA AMURRIO, José Ignacio (2012). «Historia de la Inclusa de Madrid». *Cuadernos de Historia de la Pediatría Española*, núm. 4, diciembre de 2012, págs. 20-30 (www.aeped.es/sites/default/files/_cuaderno_de_historia_n_4.pdf).
- HERNANDO PERTIERRA, Beatriz (2007). *Apuntes para una historia del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Crónica de una transformación: del concepto asistencial a la atención individualizada del menor*, Madrid: Consejería de Asuntos Sociales.

- IGLESIAS ESTEPA, Raquel (2007). *Crimen, criminales y reos. La delincuencia y su represión en la Antigua Provincia de Santiago entre 1700 y 1834*, Vigo: Nigra Trea.
- PÉREZ MOREDA, Vicente (2005). «La infancia abandonada en España (siglos XVI-XX)». Discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia, Madrid.
- SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis (2001). *Los niños expósitos y desamparados en nuestro derecho histórico*, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- VIDAL GALACHE, Florentina (1987). «El impacto de la Ley general de Beneficencia de 1822 en Madrid». *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, núm. 1, págs. 41-56.
- VILAR RODRÍGUEZ, Margarita (2007). «¿Entre la limosna y el bienestar? Origen, desarrollo y consecuencias de las políticas sociales en Galicia (1890-1935)». *Cuadernos de Historia Contemporánea*, vol. 29, págs. 173-197.

Los derechos humanos y los crímenes de la Guerra Civil: especial referencia a los niños desaparecidos

Carlos R. Fernández Liesa

El derecho internacional de los derechos humanos, la Guerra Civil y los crímenes contra la humanidad

En 1936 existían normas internacionales y convenios para la proscripción de la esclavitud, la trata de blancas, el derecho internacional humanitario, los derechos de las minorías, los derechos sociales, etc. Pero no existía el principio constitucional de protección internacional de los derechos humanos ni una visión general, que se empieza a gestar a partir de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Las grandes violaciones de derechos humanos cometidos en la Guerra Civil, los crímenes contra la humanidad que se produjeron entonces —calificables, como veremos luego, de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad—, no estaban todavía tipificados en el derecho internacional ni en el derecho nacional, a excepción del derecho humanitario, aspecto en el que no vamos a entrar en este estudio.¹

El auto del juez Garzón² del 16 de octubre de 2008 dispuso la aceptación de la competencia de la Audiencia Nacional para tramitar una causa por «presuntos delitos permanentes de detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad». El instructor consideró que los hechos denunciados se basaban en un plan sistemático de eliminación de oponentes políticos que la justicia española nunca había investigado (por lo que permanecían impunes).³ La calificación jurídica acogida era la de «delito per-

¹ Véase A. OLESTI RAYO, A. PIGRAU SOLÉ y A. M. BADIA MARTÍ (coords.) (2009), «Aspectos jurídico-humanitarios de la guerra civil española», *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. 1, págs. 205-232.

² Auto del 16 de octubre de 2008, del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional.

³ El propósito de las diligencias —indicaba— se concretaba en la desaparición forzada de personas. Consideraba el juez (FJ4) que los vencidos, a diferencia de los vencedores, no habían podido desplegar la acción del Estado para la localización, identificación y reparación de los vencidos. Analizaba cómo se había

manente de detención ilegal, sin ofrecerse razón sobre el paradero de la víctima, en el marco de crímenes contra la humanidad, salvando así los problemas de irretroactividad que pudieran aducirse respecto de esta figura». En la doctrina internacionista española se había pergeñado esta tesis.⁴

Ahora bien, es difícil afirmar *sobre qué base* del derecho nacional o internacional España ha incumplido algunas obligaciones jurídicas internacionales. Sobre esto volveremos luego. No vamos a entrar en los crímenes del franquismo más allá del final de la Guerra Civil, y por ello tampoco consideraremos el proceso contra el franquismo que actualmente está activado en la República Argentina, en una causa iniciada en 2010 por la jueza María Romilda Servini de Cubría, por delitos de detención ilegal, torturas y fusilamientos sumarios cometidos durante el franquismo.

Cabe afirmar que la violencia en la Guerra Civil se inicia con una gran brutalidad por parte de los sublevados, que, al querer aplastar cualquier tipo de oposición, habían planeado una represión que paralizase al adversario. De ahí las instrucciones reservadas del general Mola. En la primera decía que la acción debía ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo. Franco afirmó el 22 de julio que no «habrá perdón para los que persisten en la hostilidad o pretendan rendirse a última hora». Desde un principio, los rebeldes impulsaron una represión preventiva para cortar la resistencia, como indica Reig Tapia. Ante la pretensión de Prieto de parlamentar a fines de julio, Mola se negó en redondo, indicando que esta guerra tenía que terminar con el exterminio de los enemigos.⁵

llevado a cabo la represión a través de bandos de guerra (entre julio de 1937 y febrero de 1939), de los consejos de guerra (entre marzo de 1937 y 1945) y de la eliminación de guerrilleros (1945-1952). Afirmaba que los crímenes eran contrarios a las leyes de la guerra y a las leyes de humanidad, y hacía referencia a la Cláusula Martens y a la Comisión Multilateral de Responsabilidades (París, 1919). Había un plan criminal preconcebido, tal y como se observa en las instrucciones reservadas del general Mola. La primera, por ejemplo, especifica que ha de tenerse en cuenta que «la acción ha de ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo, que es fuerte y bien organizado [...] serán pasados por las armas, en trámite de juicio sumarísimo, cuantos se opongan al triunfo del expresado Movimiento Salvador de España [...]». Es necesario propagar una imagen de terror. Cualquiera que sea, abierta o secretamente, defensor del Frente Popular debe ser fusilado». Los rebeldes —indicaba el juez— pretendieron alzarse contra el Gobierno legítimo y exterminar a los opositores en forma sistemática. En mi opinión, el juez hizo esto, difícilmente encajable en el marco jurídico español e internacional, debido a la inacción del Gobierno español de entonces y de los anteriores en la búsqueda de los desaparecidos, lo que era un objetivo humano.

⁴ M. CAPELLÀ i ROIG, «Las desapariciones forzadas en España durante la Guerra Civil: crímenes y violaciones del derecho internacional sin castigo ni reparación», en J. Soroeta Licerias (ed.), *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. VI, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2006, págs. 265-303.

⁵ A. REIG TAPIA, «Represión y esfuerzos humanitarios», en E. Malefakis (ed.), *La guerra de España, 1936-1939*, Madrid: Taurus, 1996, págs. 571-603.

También la reacción en la zona republicana dio lugar a importantes excesos, pues no pudo ser controlada por el Gobierno republicano. Azaña reconocía el hundimiento del Gobierno republicano y el descorazonamiento causado por la obra homicida que, so capa de destruir al fascismo, hicieron los más desafortunados enemigos de la República.⁶ Se produjo un terror revolucionario. En la zona bajo control de los sublevados también se produce cierto caos inicial, si bien el principio de jerarquía militar y la cadena de mando funcionó mejor por lo general en esa zona. Para Beevor,⁷ las características fundamentales de la violencia en la zona republicana fueron el descontrol, la corta duración del proceso y la casi inmediata intervención de las autoridades republicanas. El grueso de las matanzas tuvo lugar entre agosto y septiembre, para desaparecer casi por completo a principios de 1937. La naturaleza de la represión nacional fue distinta, pues la idea de «hacer limpieza» estaba en los planes del golpe. Mola ordenaba el 30 de junio «eliminar a los elementos izquierdistas; comunistas, anarquistas, sindicalistas, masones, etc.». Sobre la represión blanca también hay muchos lugares de la memoria, como los paseos, Badajoz, Sevilla, Zaragoza, Huelva, Granada (y el asesinato de García Lorca), Valladolid, etc., junto al papel de la falange, los requetés o los comités locales. La represión franquista continúa una vez finalizada la guerra, lo que diferencia este conflicto de otras guerras civiles en las que el vencedor intenta una reconciliación.⁸

Una diferencia importante entre ambos bandos es la prolongación de la represión,⁹ junto a la señalada del hundimiento del bando republicano en los primeros seis meses. La España franquista no tuvo, sin embargo, el monopolio de la represión, que también se dio en zona republicana, lo que algunos historiadores parecen olvidar. P. Preston¹⁰ realizó un recorrido bastante minucioso de la represión, que tuvo mayor nivel en el bando franquista.

En todo caso hubo atroces crímenes en ambos bandos. Así lo evidencian, entre otros crímenes, las sacas de Paracuellos,¹¹ la persecución y los crímenes

⁶ M. AZAÑA, *Causas de la guerra de España*, Barcelona: Crítica, 2002, pág. 93. JACKSON, G., *La República española y la Guerra Civil*, Barcelona: Crítica, 2006, págs. 257 y ss.

⁷ A. BEEVOR, *La guerra civil española*, Barcelona: Crítica, 2005, págs. 117 y ss.

⁸ Así, S. Payne compara la guerra civil finlandesa y la española, y la diferencia relevante que encuentra entre ambas no es el comportamiento durante su transcurso, sino el posterior del bando victorioso. S. PAYNE, *El franquismo. Primera parte: 1939-1950*, Madrid: Arlanza, 2005, págs. 31 y ss.

⁹ B. BENASSAR, *El infierno fuimos nosotros. La guerra civil española, 1936-1942*, Madrid: Taurus, pág. 450. S. JULIÁ (coord.), *Víctimas de la Guerra Civil*, Madrid: Temas de Hoy, 2006.

¹⁰ P. PRESTON, *El holocausto español*, Barcelona: Debate, 2011, pág. 502.

¹¹ *Ídem*, págs. 492 y ss.

cometidos contra religiosos católicos¹² o la persecución que, basada en las instrucciones de Mola y en otros instrumentos jurídicos posteriores, llevaron a cabo los rebeldes y los grupos que los amparaban (bastantes decenas de miles de personas) durante la guerra y la posguerra por el mero hecho de que alguien era leal al régimen republicano o de izquierdas, lo cual dio lugar a la cuestión de los desaparecidos.

Los desaparecidos, en especial los niños de la Guerra Civil

Los desaparecidos de la guerra

Las consecuencias de parte de este crimen permanecen, sobre todo por lo que respecta a las personas desaparecidas, dado que no han sido exhumadas. No creo que pueda afirmarse, como ha hecho la doctrina o incluso algunos órganos de control de la ONU,¹³ que es un crimen que ha continuado, en el sentido de que, al no haber aparecido los cuerpos —enterrados en cunetas, fosas comunes, etc.—, se aplicarían las obligaciones internacionales actualmente vigentes. Es cierto que en la Guerra Civil hubo arrestos y detenciones por parte de personas que actuaban por cuenta del Estado (que habrían sucedido a los actos atribuibles al bando sublevado), detenidos a los que se asesinó y cuyo paradero se ocultó, sustrayéndolos a la protección de la ley.

También es cierto que hay víctimas en el sentido del artículo 24 de la Convención de 2006, es decir, personas físicas que sufrieron un perjuicio directo como consecuencia de esa desaparición forzada (por ejemplo, viudos, hijos, etc.) que viven y tienen derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición. Además, el artículo 24.3 indica que cada «Estado adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos».

No creo que para España esté vigente una obligación internacional que le exija sancionar a los responsables penales de las desapariciones, pues este delito

¹² V. CÁRCEL ORTÍ, *La persecución religiosa en España durante la segunda República (1931-1939)*, Madrid: Rialp, 1990, pág. 33. A. ÁLVAREZ BOLADO, *Para ganar la guerra, para ganar la paz. Iglesia y guerra civil: 1936-1939*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1995. A. MARQUINA BARRIO, *La diplomacia vaticana y la España de Franco (1936-1945)*, Madrid: CSIC, 1983. H. RAGUER, *La pólvora y el incienso: la Iglesia y la guerra civil española (1936-1939)*, Barcelona: Península, 2001, págs. 99 y ss.

¹³ Véase, por ejemplo, C. PÉREZ GONZÁLEZ, «Desapariciones forzadas», en R. Escudero Alday (coord.), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Madrid: Catarata, 2011, págs. 117-123.

tipificado por el derecho internacional es posterior al crimen; pero, en la medida en que permanecen las víctimas así como algunos daños, cabe considerar la posibilidad de interpretar el derecho vigente en el sentido de que el Estado tiene la obligación de buscar, respetar y restituir los restos de las personas desaparecidas en las cunetas. Al menos en aquellos casos en que las víctimas lo soliciten o lo hayan solicitado. Se puede fundamentar la existencia de esta obligación internacional, no tanto porque constituya un delito continuado mientras no se esclarezca la suerte de las víctimas, pues es evidente que fallecieron, sino porque las consecuencias del crimen permanecen. La obligación nace desde el momento en que los Estados firman la convención de 2006, no tanto desde la perspectiva penal cuanto de la obligación del Estado de buscar los restos de los desaparecidos.

Además, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas considera que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad. No cabe duda de que durante la guerra se produjo este crimen contra la humanidad, fundamentalmente en el bando sublevado.

Los niños de la guerra

Durante la guerra y hasta la restauración de la democracia sufrieron algunos colectivos especialmente vulnerables, como los niños, que en algunos casos se vieron privados de sus hogares, familia y patria, en muchas ocasiones de por vida. En lo que respecta a los niños robados hay que distinguir dos lógicas y momentos.

Por un lado están aquellos que fueron arrebatados a sus madres antes de fusilarlas o bien cuando cumplían tres años y no se permitía su estancia en prisión, fenómeno propio de la primera parte de los años cuarenta. El Estado llegó a tutelar unos 30.000 niños hijos de rojos que había que educar sin la perniciosa influencia de sus progenitores.¹⁴ Por otro lado están esos niños que, durante el franquismo y parte de la transición, eran hijos de madres solteras a las que se los quitaban para que fuesen adoptados por una familia «como Dios manda»,¹⁵ un hecho en el que no vamos a entrar.

Además, está el caso de los niños evacuados, que en muchas ocasiones ya nunca pudieron encontrar a sus padres, por razones muy diversas, o que se

¹⁴ M. ARMENGOU, «Niños robados», en R. Escudero Alday (coord.), *Diccionario de memoria histórica...*, *op. cit.*, págs. 123 y ss.

¹⁵ Sobre este fenómeno, véase M. ARMENGOU, *op. cit.*, págs. 126-128.

quedaron exiliados de por vida, a veces en condiciones muy duras y con la pérdida de vínculos familiares. El destino de los niños de la guerra fue variado, pero destacaron la Unión Soviética y México. El principal éxodo de niños españoles a la Unión Soviética se produce en la primavera y verano de 1937. Al término de la guerra, entre 31.000 y 34.000 fueron enviados a vivir a Europa y México, 3.000 de ellos a la Unión Soviética.¹⁶

El 3 de enero de 1937 el Politburó aprobó el decreto núm. 45/67, que autorizaba al Ejército Rojo a establecer casas de niños españoles. A comienzos de 1939 el encargado de negocios de la República en la Unión Soviética, Manuel Martínez Pedroso, quiso repatriar a los niños pero no pudo. Sus intentos fueron inútiles y tanto su Gobierno como el Kremlin hicieron caso omiso de sus peticiones. Menos aún pudo realizarse la repatriación una vez iniciada la Segunda Guerra Mundial.

En este marco hay que recordar que el Dr. Vallejo Nágera tenía un proyecto regeneracionista de la raza. Este médico se refería a la necesidad de realizar una eugenesia positiva. Así, en su libro *La locura y la guerra: psicopatología de la guerra española*¹⁷ vinculaba «marxismo e inferioridad mental» y afirmaba que «la segregación de estos sujetos desde la infancia podría liberar a la sociedad de plaga tan temible». Esa terapia segregacionista legitimó la práctica que se llevó a cabo en las cárceles desde 1940 de separar a madres e hijos.

Los estudios sobre la desaparición de niños en diversas cárceles¹⁸ de Saturrarán, Tarragona, Les Corts, Ventas, Durango y Ocaña muestran que a veces estos niños no estaban registrados, por lo que su rastro se ha encontrado indirectamente en los libros de sanidad de las cárceles, en el de presupuesto alimentario, en los testimonios de las reclusas, etc. En este sentido, la orden del 30 de marzo de 1940 del Ministerio de Justicia establecía que «las reclusas tendrán derecho a amamantar a sus hijos y tenerlos en su compañía en las prisiones hasta que cumplan la edad de tres años». Con esa norma, según Vinyes et al., empezó el desalojo legal de los hijos de las presas. De pronto desaparecían, bien fuese para pasar a la tutela del Estado franquista, bien fuese para ser entregados en adopciones ilegales. Si en el año 1942 el Estado tutelaba a 9.050 niños, en los años 1944 y 1945 la tutela llegó a unos 30.960.

Un decreto de 23 de noviembre de 1940 había establecido que los hijos de padres fusilados, prisioneros o desaparecidos (exiliados, clandestinos, etc.) po-

¹⁶ D. POWASKI, *La URSS y la guerra civil española*, Barcelona: Crítica, 2003, págs. 96, 113 y 120.

¹⁷ A. VALLEJO NÁGERA, *La locura y la guerra: psicopatología de la guerra española*, Valladolid: Santarén, 1939, pág. 52.

¹⁸ R. VINYES, M. ARMENGOU y R. BELIS, *Los niños perdidos del franquismo*, Barcelona: RBA, 2005, págs. 55 y ss.

dían ser dados en guarda a instituciones de beneficencia que hacían de tutores legales. El reglamento establecía un procedimiento que finalizaba con la pérdida de la tutela de los padres en beneficio del Estado franquista. Esta normativa situaba a los niños en una zona de riesgo que se completó por la ley de 4 de diciembre de 1941, que permitía que los niños que no recordaran sus nombres, que hubieran sido repatriados por diversos medios o cuyos padres no fueran localizables podían ser inscritos en el registro civil según criterio de los tribunales de menores: «Si no se pudiera averiguar el registro civil en que figuren inscritos los nacimientos de los niños que [a quienes] los rojos obligaron a salir de España y que han sido o sean repatriados, se procederá a inscribir su nacimiento en dicho registro. Igual inscripción se hará, si resultasen infructuosas tales gestiones, respecto a los niños cuyos padres y demás familiares murieron o desaparecieron durante el glorioso movimiento nacional». Esto, como indican Vinyes et al., facilitó el camino a adopciones irregulares, entre otras conductas.

Solo recientemente, la ley 3/2005 del 18 de marzo estableció una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero durante su minoría de edad como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional. El objeto de esta ley es que estos niños de la guerra que acabaron viviendo en el extranjero, que no retornaron, tengan la posibilidad de una cobertura sanitaria si en el país de residencia es insuficiente, así como compensarlos, siquiera en parte, por haber visto truncadas sus perspectivas personales y profesionales a causa de la Guerra Civil. La idea es beneficiar a aquellos niños de la guerra con pocos ingresos que para subsistir se han tenido que acoger a las pensiones de ancianidad para emigrantes y de jubilación no contributiva. La citada norma señala que se reconoce así la deuda histórica que tiene España con estos ciudadanos y se coadyuva a la mejor satisfacción de sus necesidades básicas.¹⁹

La transición española y la cuestión de la impunidad

La ley de la memoria histórica, del 26 de diciembre de 2007, reconoce y amplía un conjunto de derechos y establece una serie de medidas a favor de quienes

¹⁹ Para ser beneficiario, el artículo 2 establece que deben residir en el extranjero y reunir los requisitos para obtener una pensión asistencial por ancianidad a favor de emigrantes españoles (según el real decreto 728/1993, del 14 de mayo), o residir en España y percibir una pensión no contributiva, o percibir el seguro obligatorio de vejez o invalidez (con independencia del país de residencia) o reunir los requisitos para percibirlo, o tener rentas o ingresos inferiores a 6.090 euros anuales.

padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura. Hay capítulos de la memoria que sería bueno rescatar en aras de la conciliación. Destaquemos como botón de muestra a Ángel Ossorio y Gallardo, que fue gobernador civil en Barcelona durante la semana trágica y que, al oponerse a la declaración del estado de guerra, dimitió en 1907. Pues bien, Ossorio había sido ponente en contra de la ley del divorcio, lo que evidencia que sus ideas eran católicas y conservadoras. Era un liberal republicano, que había sido presidente del Ateneo, decano del Colegio de Abogados de Madrid y miembro del Partido Conservador. Durante los debates de la ley del divorcio exclamó: «¡Qué va a ser de nuestros hijos de aprobarse esta ley!»; a lo que alguien respondió desde los escaños: «¡Al suyo ya lo hemos hecho subsecretario!».

Su memoria no ha sido suficientemente rescatada, ni por la izquierda ni por la derecha, como la de tantos otros. Así, sus sucesores solicitaron a la ministra de Cultura Carmen Calvo los papeles que se le habían requisado en su casa-despacho de la plaza del Marqués de Salamanca, que por cierto luego fue ocupada por el general Kindelán y familia, muy monárquico él, pero que no dejó por ello de aprovecharse de la desgracia ajena, provocada entre otras cosas por su decisivo apoyo al elevar a Franco a la jefatura del Estado y del Gobierno, en octubre del 36. Pues bien, a esto la señora ministra ni tan siquiera contestó en primera instancia, y posteriormente dijo que se había perdido la carta anterior. Tales comportamientos llevaron a la familia a la Audiencia Nacional, que constató, en diciembre de 2009, que la ley de los famosos papeles de Salamanca solo era aplicable a los catalanes, cosa que el Gobierno corrigió tres días después.

También podría rescatarse la memoria de la «tercera España», que no estaba de acuerdo con ninguno de los bandos. Southworth impugnó pronto la tesis de la guerra santa,²⁰ contra la que se pronunciaron intelectuales católicos como Maritain, Bernanos o Mauriac. Durante años los vencedores hicieron una memoria oficial de la guerra, en un discurso mezcla de ideología militar y teología católica.²¹ La historia fue utilizada para continuar la guerra por otros medios, para justificar el alzamiento, la guerra y la represión.²² En los sesenta, Ricardo de la Cierva cambia la denominación de guerra de liberación nacional

²⁰ H. SOUTHWORTH, *El mito de la cruzada de Franco*, edición y prólogo de P. Preston, Barcelona: Debolsillo, 2011.

²¹ S. JULIÁ, «Memoria, historia y política de un pasado de guerra y dictadura», en S. Juliá (coord.), *Memoria de la guerra y del franquismo*, Madrid: Taurus, 2006, págs. 27-79.

²² P. PRESTON, *La política de la venganza. El fascismo y el militarismo en la España del siglo XX*, Barcelona: Península, 2004, págs. 109 y ss.

o cruzada por la de guerra civil, con la pretensión de que sus análisis superasen los sectarismos por su objetividad.²³ Actualmente, periodistas y escritores como Jiménez Losantos, J. Esparza, P. Moa y C. Vidal, entre otros, han emprendido una reactualización de la doctrina oficial historiográfica del franquismo, que vuelve a poner de relieve los viejos mitos de aquella memoria oficial.²⁴

Al llegar la democracia se hizo una memoria de la reconciliación desde el olvido de las responsabilidades penales. Pero no desde el olvido total. Desde entonces ha habido muchísimos estudios sobre la Guerra Civil, que han llevado a que haya un profundo conocimiento histórico.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recomendó a España que restableciese la verdad histórica de las violaciones de derechos humanos en la Guerra Civil, adoptase medidas para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales y considerase la derogación de la Ley de Amnistía del 77,²⁵ entre otras cosas.

Esta recomendación echaba tierra sobre la transición y, en mi opinión, carece de fundamento en el derecho internacional. Algunos historiadores e internacionalistas (como J. Chinchón y J. Sánchez Legido)²⁶ apoyan la idea de que la transición se basó en el olvido, y que ahora habría que aplicar las recetas de

²³ M. RICHARDS, «El régimen de Franco y la política de memoria de la guerra civil española», en J. Aróstegui, F. Giodicheau (eds.), *Guerra civil. Mito y memoria*, Madrid: Marcial Pons Historia, 2006, págs. 167 y ss.

²⁴ Véase un análisis de este proceso en E. MORADIELLOS, «Revisión histórica crítica y pseudo-revisionismo político presentista: el caso de la guerra civil española». *La guerra de España. Estudios y controversias*, Barcelona: RBA, 2012.

²⁵ A tal efecto, recomendaba a España que: a) considerase la derogación de la Ley de Amnistía de 1977; b) tomase las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c) previese la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura; d) permitiese que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, las indemnicen (Comité de Derechos Humanos, «Proyecto de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre España», 27 de octubre de 2008, párr. 9). Algunos autores entienden que España no cumple a estos efectos con los estándares internacionales: J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, «El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el derecho internacional», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, núm. 67, 2012; A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Diez años de derecho internacional penal», en J. Soroeta Licerias (ed.), *Los derechos humanos frente a la impunidad. Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. x, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009; A. GIL GIL, «Justicia transicional en España. Cuatro años de la Ley de Memoria histórica», en *La justicia de transición en España. De la Amnistía a la memoria histórica*, Barcelona: Atelier, 2009, págs. 102 y ss.

²⁶ F. ESPINOSA MAESTRE, «La represión franquista: un combate por la historia y por la memoria», en *Violencia roja y azul. España, 1936-1950*, Barcelona: Crítica, 2010, págs. 17 y ss.

la justicia transicional, como se ha hecho en otros países en las últimas décadas. Creo más bien que, por un conjunto de razones, la transición se olvidó de los crímenes, que no es lo mismo que basarse en el olvido.

Los análisis sobre la transición no reflejan tan siquiera el debate, que ni tan solo parece haberse producido.²⁷ La evolución del derecho internacional en la lucha contra la impunidad constituye un avance del que no cabe sino felicitar-se y predicar la extensión de su universalización. España debería incorporar este avance a su derecho interno. Aun así, no podría llegar a afirmarse que para España está vigente esta obligación internacional hoy en relación con los crímenes de la Guerra Civil, pues la aparición de esos crímenes es posterior a la violación, y no cabría su aplicación retroactiva en una jurisprudencia que es conforme con la interpretación de los órganos judiciales y de los mecanismos de control internacionales, además de concurrir con cualquier interpretación de los principios generales del derecho.

Durante la Guerra Civil no existían los crímenes contra la humanidad ni en el derecho español ni en el derecho internacional ni en el derecho comparado.²⁸ Por muchas interpretaciones que hagamos del principio de legalidad, no sería aplicable la figura de los crímenes contra la humanidad a los crímenes que se produjeron en la Guerra Civil, no porque no encajasen hoy, sino porque no existían entonces.

No coincido tampoco con la interpretación del principio de legalidad que hace el Tribunal Supremo en la sentencia del 27/02/2012, pues no concibe la aplicación consuetudinaria de los tipos penales de la principal fuente del derecho internacional, salvo que sea expresamente incorporada por el legislador. Para el Tribunal Supremo «la vigencia del principio de legalidad impide, pues, la aplicación directa del derecho internacional penal consuetudinario como

²⁷ Véanse, por ejemplo, R. MORODO, *La transición política*, prólogo de Alfonso Guerra, Madrid: Tecnos, 1984; S. GALLEGU-DÍAZ y B. DE LA CUADRA, *Crónica secreta de la Constitución*, prólogo de Diego López Garrido, Madrid: Tecnos, 1989.

²⁸ Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, París: LGDJ, 2002, págs. 5 y 6. J. F. ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, París: L'Harmattan, 2002, pág. 54. M. CAPELLÀ i ROIG, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pág. 38. C. FERNÁNDEZ LIESA, «La evolución del derecho internacional y la represión de los crímenes internacionales», *Revista de Extremadura*, núm. 20, mayo-agosto de 1996, págs. 29-44. J. GRAVEN, «Guerre ou paix?», en René Cassin. *Amicorum discipulorumque liber*, París: Pédone, 1970, págs. 501 y ss. C. SCHMITT, *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del «Ius publicum europaeum»*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pág. 335. I. LIROLA DELGADO y M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, pág. 50. A. ZUPPI, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino hacia la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, pág. 48.

única norma aplicable al caso». Considera por ello mejor aplicar un tipo penal que estuviese en el código de la época en que se cometieron los hechos delictivos (asesinato, detención, torturas, terrorismo...) y no el tipo penal más adecuado al comportamiento (piratería, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, genocidio...) que estuviese tipificado en el derecho internacional consuetudinario.

Esta interpretación *no es acorde* con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos,²⁹ que conforman el principio de legalidad no solo sobre la base del derecho nacional sino también del derecho internacional. Además, los requisitos de certeza, especificidad y previsibilidad inherentes al principio de legalidad son más laxos. La interpretación del Tribunal Supremo español tampoco es acorde con la que ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).³⁰

Con estos antecedentes, no era previsible que el Tribunal Supremo diese un cambio revolucionario en relación con la causa de la Guerra Civil. En la sentencia del 27/02/2012 considera que no es posible la realización de los juicios de la verdad en sede judicial, cuando se sabe que el proceso no concluye con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal (muerte, prescripción o amnistía).

²⁹ Art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos humanos (1948), 15.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de la Convención Americana de Derechos Humanos, 47 de la Carta de Derechos Fundamentales.

³⁰ Así, en el caso *S. W y C. R. contra el Reino Unido* (sentencia del 22 de noviembre de 1995, págs. 41 y ss. y págs. 68 y ss.) la noción de derecho (*law*) utilizada por el art. 7 corresponde a la de ley, no siendo necesario que exista una ley *stricto sensu* sino que exista derecho aplicable. Además, el tribunal precisa que no tiene por qué ser derecho escrito sino que el concepto de ley engloba el derecho no escrito (caso *Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido*, sentencia de 13 de julio de 1995, pág. 71, párr. 37). En el caso *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania* (sentencia del 22 de marzo de 2001, del TEDH), los demandantes consideraban que las sentencias condenatorias (por muertes en el muro, en virtud de la aplicación del derecho vigente) no eran previsibles (nunca fueron perseguidos en la RDA) y no constituían infracciones según el derecho internacional. Para el TEDH, el comportamiento de los demandantes se podía considerar en el marco del art. 7.1 según otras reglas de derecho internacional como las relativas a los crímenes contra la humanidad. En el caso *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, los demandantes sostenían que, al haber sido condenados por crímenes contra la humanidad cometidos en 1949 —por participar en la deportación de población de Estonia a la Unión Soviética—, se les estaban aplicando retroactivamente leyes penales, y se los estaba condenando por actos no penados en el derecho soviético, que era el aplicable en Estonia en 1949. Además, señalaban que en 1949 los actos por los que fueron condenados no eran crímenes de derecho internacional. La corte señaló que, a pesar de que los actos cometidos hubieran podido ser lícitos según el derecho soviético en la época de los hechos, los tribunales estonios —al condenarlos posteriormente— estimaron que constituían crímenes contra la humanidad según el derecho internacional en el momento de su comisión.

En el recurso al auto del juez Garzón, del 20 de octubre de 2008, la fiscalía también consideró los límites del proceso penal en un Estado de derecho y, en especial, la inadecuación de una causa general en la jurisdicción penal, contraria a las exigencias del proceso penal, ya que el art. 300 de la ley de enjuiciamiento criminal establece que por cada delito se abra un único sumario. Por su parte, el Tribunal Supremo indica que en nuestro proceso penal no cabe una actividad jurisdiccional de mera indagación, sin una finalidad de imposición de una pena. Para el tribunal «el derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho [...]. Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo con las exigencias formales y garantistas del proceso penal sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados».

Además, para interpretar el derecho internacional también hay que tener en cuenta el contexto sociohistórico. La ley de amnistía fue una conquista de la izquierda, no de la derecha. En los países de América Latina donde se han considerado nulas las leyes de amnistía, estas eran un instrumento de los responsables de las violaciones de los derechos humanos para eludir su responsabilidad penal. No es el caso de la ley de amnistía de 1977, que fue una conquista de la izquierda. Así lo evidencian tanto las manifestaciones como el origen de la ley, el apoyo popular que tuvo o los debates sobre ella en el Congreso de los Diputados.

Para la oposición solo una amnistía total clausuraba la Guerra Civil y la dictadura;³¹ pero, como indica Juliá, esa amnistía no fue un pacto de silencio sino una amnistía arrancada al Gobierno, pues no se extendió un silencio sobre el pasado, sino que desde entonces ha habido un gran caudal de investigaciones. Confundir la ley de amnistía con un triunfo del franquismo y una cesión de la oposición democrática, indica Juliá, es resultado de una elaboración posterior que juzga el pasado desde la posición de una democracia consolidada, haciendo abstracción de la cronología y naturaleza de un proceso que no fue una revolución pero tampoco una reforma para que todo siguiese igual. La transición fue una ruptura pactada entre los líderes del régimen franquista, que ya no eran los de la Guerra Civil, y las principales fuerzas de la oposición. La pretensión de querer cambiar la historia transformando la memoria sobre la historia no deja de ser una manipulación histórica.

³¹ S. JULIÁ, «Memoria, historia y política...», *op. cit.*, págs. 43 y ss.

Sobre los bombardeos de Barcelona a la luz del derecho internacional

Anna Raya tenía ocho años cuando, el 1 de octubre de 1937, fue herida en la cabeza en su colegio del barrio de la Barceloneta por los bombardeos que realizaron aviones italianos, por lo que se querelló contra el Estado italiano, buscando la petición de disculpas por los daños producidos por los bombardeos italianos durante la Guerra Civil, no tanto en relación con ella sino con otras muchas personas y bienes.

La agresión de Italia

Cuando se produce la Guerra Civil todavía no se había aprobado la carta de las Naciones Unidas ni su artículo 2.4, que establecen el actual principio de prohibición del uso o la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.³² Pero en 1936 había normas internacionales en materia del uso de la fuerza. En efecto, si bien el Pacto de la Sociedad de las Naciones la limitaba pero no la prohibía, el Pacto Briand-Kellogg, del 27 de agosto de 1928, ya había entrado en vigor el 24 de julio de 1929 para 57 países en el mundo (48 Estados miembros de la Sociedad de Naciones y 9 Estados no miembros). Este pacto establecía la renuncia a la guerra como instrumento de la política internacional.

Esta prohibición de recurrir a la guerra como instrumento de la política internacional tiene un significado mayor del que se le ha dado hasta el momento para la Guerra Civil española, probablemente porque el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas ha hecho olvidar la significación jurídica del citado pacto. La prohibición de la guerra como instrumento de la política internacional era una regla convencional, obligatoria por lo tanto para todos los terceros países que estuvieron implicados en la Guerra Civil. Incluso se puede llegar a debatir y considerar que pudo tener vigencia general consuetudinaria al inicio de la guerra,³³ lo que en todo caso sería irrelevante para los efectos aquí indicados.

Italia incumplió la obligación de no agredir a España, de manera directa. Por supuesto que Italia, Alemania y casi todos los Estados terceros también incumplieron de muchas maneras el principio de no intervención en los asun-

³² C. FERNÁNDEZ LIESA, *La guerra civil y el orden jurídico internacional*, Thomson Reuters (en prensa).

³³ R. BERMEJO GARCÍA, *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Madrid: Civitas, 1993, págs. 40-57.

tos internos de otros Estados, incluso a través del acuerdo de no intervención. Pero, además, en el caso de Italia también se habría producido una agresión.

Así lo denunció el Gobierno de la República, en relación con Italia y Alemania, ante la Sociedad de Naciones el 27 de noviembre de 1936. A tal efecto, el Gobierno de la República cambió de tesis en cuanto a la naturaleza del conflicto. En un primer momento había mantenido que era un conflicto puramente interno, lo que era lógico al principio. Así, Álvaro de Albornoz, reciente embajador de la República en París, en una carta de 11 de agosto de 1936 dirigida a Delbos indicaba:

Se trata de una cuestión puramente interna, creada por una revuelta de una parte del Ejército que el Gobierno se dispone por sus propios medios a reprimir [...]. La suspensión de exportación de armas al Gobierno, precisamente cuando tiene especial necesidad de ellas para restablecer la normalidad jurídica dentro de su propio territorio[,] lejos de estar conforme con el principio de no intervención constituye una intervención muy efectiva en los asuntos internos de España.³⁴

Pero, al ver el gran nivel y la naturaleza y forma de la intervención extranjera en la Guerra Civil española, el Gobierno de la República cambió de posición y, el 27 de noviembre del 36, planteó ante el Consejo de la Sociedad³⁵ que estaba siendo objeto de una *agresión* internacional. Ya el 25 de septiembre Álvarez del Vayo denunciaba, además, la «monstruosidad jurídica de la no intervención» así como que se trataba de una «cuestión internacional», ya que la «lucha estaría decidida si el pueblo español no se hubiese visto obligado a hacer frente a otra agresión de mayor dimensión».

Tanto el ministro de Estado como el presidente del Gobierno acudirían a la organización ginebrina a presentar pruebas fehacientes de la agresión, tales como la captura de unidades enteras del ejército italiano en la derrota de Gua-

³⁴ J. F. BERDAH, *La democracia asesinada. La República española y las grandes potencias, 1931-1939*, Barcelona: Crítica, 2002, pág. 220.

³⁵ *Ídem*, pág. 262; MORADIELLOS, *op. cit.*, pág. 140. Esta agresión también se denunció ante la Asamblea y ante la opinión pública internacional. Así, Azaña señalaba: «No se trata solo de una guerra civil entre españoles [...] estamos en presencia de una invasión extranjera en España y lo que peligra no es solo el régimen político sino la independencia auténtica de nuestro país [...]. Fuimos a la Sociedad de Naciones, esta Asamblea del Derecho y alcázar de la paz y guardián de los derechos de los pueblos allí congregados a que se enterasen de que un Estado miembro estaba invadido por otros Estados, dos de los cuales son también miembros de la Sociedad de Naciones [...] aún no creemos que la Sociedad de Naciones se haya convertido en un Congreso de Viena de larga duración [...]. No se negará que nuestra fe es robusta [...] La Sociedad de Naciones se ha enterado y ha acordado traspasar el asunto al Comité de no Intervención» (AZAÑA, M., «Discurso en la Universidad de Valencia, del 17 de julio de 1937», en *Españoles en guerra*, Barcelona: Crítica, 1999, págs. 23, 55 y 56).

dalajara. Se había producido una agresión contra el Gobierno de España por unidades italianas enteras.³⁶ Negrín acudiría en otras ocasiones a la Sociedad de Naciones para que esta reconociese la agresión de que estaba siendo objeto España por parte de Alemania e Italia.

El 18 de septiembre de 1937 vuelve a la Asamblea de la Sociedad a que se «reconociese la agresión a España por Alemania e Italia y se adoptasen con urgencia los medios para poner[le] fin». Además pedía que «se restituyese a España el derecho a procurarse libremente material militar y se acabase con la ficción de la no intervención, así como que los combatientes no españoles se retirasen de suelo español».

Esta denuncia del Gobierno republicano a la Sociedad de Naciones encontraba la base jurídica en el artículo 11 del Pacto.³⁷ Cabe plantearse si la ayuda alemana e italiana era equiparable a una agresión. A nuestro juicio sí, al menos en el caso de Italia. Los italianos llegaron a enviar casi a 73.000 soldados del cuerpo de tropas voluntarias y 6.000 de la aviación, y tuvieron permanentemente más de 40.000 en suelo español que en algunos casos funcionaron con autonomía, dentro de la coordinación con el bando sublevado. No creo que pueda afirmarse que se trataba de una mera ayuda económica o de una asistencia militar.

El elevado grado de intervención puede equipararse a una agresión, tanto en el derecho actual como en el de entonces. Hubo actos armados de Italia que encajan en la actual noción de agresión, es decir, que no solo constituían una ayuda militar o económica en apoyo a los rebeldes sino una agresión.³⁸ Es cierto que «la asistencia extranjera en los conflictos internos no modifica la naturaleza jurídica del conflicto»,³⁹ pero también lo es el que una agresión puede ser múltiple, realizada por varios sujetos, con independencia de que en la Guerra Civil eso no se visualizase así debido al desarrollo del derecho internacional del momento y a las limitaciones de la política internacional.

³⁶ En este sentido, Berdah (*op. cit.*, pág. 284) señala que «la documentación caída en poder del Gobierno republicano suministró la prueba de que Italia había enviado a luchar contra el Gobierno de España unidades completas del Ejército, lo que era una agresión y una violación del Pacto de la Sociedad de las Naciones. El Gobierno de Valencia contactó el 12 y el 13 de marzo de 1937 con el Reino Unido y con el secretario general de la Sociedad de las Naciones para protestar contra esa violación deliberada de la no intervención».

³⁷ Véanse BERDAH, *op. cit.*, pág. 262, y MORADIELLOS, *op. cit.*, pág. 140.

³⁸ Sobre esto, véase G. SCALLE, «La guerre civile espagnole et le droit des gens», *RGDIP*, tomo XLVI 1939, pág. 205.

³⁹ R. PINTO, «Les règles du droit international concernant la guerre civile», *RCADI*, 1965, t. 114, 1, pág. 464.

Los bombardeos de Barcelona y la querrela ante los tribunales españoles

La Guerra Civil fue muy relevante para el desarrollo del derecho internacional en relación con las *reglas jurídicas relativas a los bombardeos aéreos de ciudades*, pues se produjeron ataques aéreos indiscriminados que carecían de precedentes hasta ese momento. Los convenios de La Haya no regulaban adecuadamente esta cuestión, entre otras cosas porque no había aviones cuando se redactaron los primeros. Así, una Declaración de La Haya del 29 de julio de 1899 solo se refería al lanzamiento de proyectiles desde lo alto de los globos o por medios análogos nuevos, con una vigencia de cinco años. El 18 de octubre de 1907 la Declaración XIV de La Haya se refería a la prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde las aeronaves. Esta declaración, que ni España, Alemania, Francia, Italia, Japón o Rusia habían ratificado, estuvo vigente desde el 29 de noviembre de 1909 y, en opinión de Orihuela Calatayud, continúa vigente al no haberse celebrado la Tercera Conferencia de Paz prevista.⁴⁰

A pesar de estas declaraciones, el derecho vigente en 1936 sobre esta cuestión era muy deficiente. En este sentido también había fracasado el proyecto de La Haya de 1923 que regulaba la guerra aérea, si bien, aunque nunca llegó a estar en vigor, ejerció una influencia considerable en la posterior evolución del derecho internacional humanitario. Fue uno de los grandes fracasos del derecho humanitario entre las dos grandes guerras, pues su objeto era proteger a la población civil de los bombardeos aéreos y limitar los bombardeos lícitos a objetivos militares definidos (art. 24.2).⁴¹

Durante la Guerra Civil tuvieron relevancia internacional los bombardeos de Guernica,⁴² la represalia alemana sobre Almería en 1937, los bombardeos de las tropas italianas sobre población civil en el camino de Málaga a Motril (en febrero de 1937), efectuados por orden expresa de Mussolini, o los ataques contra la población civil en Valencia⁴³ y, fundamentalmente los bombardeos de Barce-

⁴⁰ Alemania, Francia, Italia, Japón y Rusia no la ratificaron. España tampoco es parte. E. ORIHUELA CALATAYUD, *Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, Madrid: Mc Graw Hill, 1998, pág. 158, nota 1.

⁴¹ G. DRAPER, «Le développement du droit international humanitaire», en *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, París: Pédone, 1986, pág. 104.

⁴² A. VIÑAS, «La responsabilidad de la destrucción de Guernica», en *Guerra, dinero, dictadura*, Barcelona: Crítica, 1984, pág. 135.

⁴³ M. HEIBERG, M. PELT, *Los negocios de la guerra*, Barcelona: Crítica, 2005, págs. 129 y 131. Informe de R. Smith, Piggot y F. Lejeune a la Comisión para la investigación de los bombardeos aéreos en España, 29 de agosto de 1938.

lona. Los bombardeos sobre Barcelona de los días 17, 18, 19 y 20 de marzo de 1938 fueron los que provocaron mayores reacciones de la comunidad internacional. Provocaron 875 muertos (según el balance oficial, según otras fuentes entre 1.500 y 3.000), de manera no selectiva sino indiscriminada y generalizada.⁴⁴ El secretario de Estado de Estados Unidos hizo la siguiente declaración pública oficial:

En esta ocasión, cuando la pérdida de vidas entre la población no combatiente es quizá la mayor de lo que jamás haya sido en la historia, creo que hablo en nombre de todo el pueblo norteamericano cuando expreso un sentimiento de horror por todo lo que ha sucedido en Barcelona, y cuando formulo la profunda esperanza de que en el futuro los centros de población civil no serán objeto de bombardeos militares desde el aire.

Además, el embajador norteamericano en Italia protestó ante Ciano por los bombardeos, y este contestó que era responsabilidad de Franco.⁴⁵ Como indica Ragner, fueron tantas las protestas internacionales por los bombardeos, que Franco trató de declinar toda responsabilidad con una orden de Kindelán y tuvo que prohibir los bombardeos sobre poblaciones por «interés político internacional».

El 2 junio de 2011, fecha del aniversario de la República italiana, la Asociación AltraItalia de Barcelona se querelló contra el Estado italiano por los bombardeos de Barcelona durante la Guerra Civil. También se querellaban dos víctimas de aquellos bombardeos. Anna Raya, herida en la cabeza a los ocho años en su colegio del barrio de la Barceloneta, y Alfons Cánovas, cuyo padre, que trabajaba como estibador, murió cuando los aviones italianos bombardearon los almacenes generales del comercio en el puerto de Barcelona, el 19 de enero de 1938.

La querrela era por delito de lesa humanidad y crímenes de guerra y buscaba que la República italiana pidiese perdón por los bombardeos. Se pretendía el procesamiento de los 21 pilotos militares de la aviación legionaria identificados como participantes en los ataques aéreos a Barcelona; estimaban que la ley de amnistía no se aplicaba a los italianos, y no pedían una compensación económica sino moral. La Audiencia Nacional no admitió a trámite la querrela.

⁴⁴ Véanse I. RAGUER, *op. cit.*, pág. 293; I. RAGUER, «La Santa Sede y los bombardeos de Barcelona», *Historia y Vida*, núm. 45, abril de 1980, págs. 22-35; A. MARQUINA BARRIO, «Los bombardeos aéreos de poblaciones civiles en 1938», en AA. VV., *La guerra y la paz 50 años después*, Madrid: Barbarroja, 1990, págs. 531-547. J. M. SOLÉ I SABATÉ y J. VILARROYA, *España en llamas*, Madrid: Temas de Hoy, 2003.

⁴⁵ I. RAGUER, *op. cit.*, pág. 244.

El 23 de enero de 2013 la Audiencia de Barcelona admitió a trámite una querrela por la que ordena investigar a los mandos de la aviación del Ejército italiano por los bombardeos que atacaron a la población civil de Barcelona durante la Guerra Civil. El juzgado de instrucción número 28 de Barcelona había desestimado las querellas interpuestas por AltraItalia, como acusación popular.

El tribunal considera que se «trata de unos hechos reales sobre cuya certeza no cabe la menor duda, al haber sido investigados y contrastados por numerosos historiados de distintas nacionalidades, cuyo prestigio y rigor está fuera de dudas», por lo que se cumple el primer requisito de admisión de la querrela criminal exigido por el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim). En su caso, indica, se precisan más investigaciones para «determinar los miembros del Ejército italiano que ordenaron esos bombardeos, por qué motivo y quién los ejecutó». Ordena que se investigue la filiación de los copartícipes —militares y civiles italianos— y que el Ministerio de Justicia italiano certifique fe de vida y estado de cada uno de ellos y su paradero actual para tomarles declaración como imputados. También ofrece al Ayuntamiento de Barcelona y a la Generalitat la posibilidad de que se presenten en la causa como perjudicados. Asimismo ordena que se designen dos peritos expertos en la Guerra Civil, especialistas en la participación de la legión, para que concreten fechas, zonas bombardeadas, densidad de población y número de muertos. Considera el tribunal que no hay una cláusula específica de asignación de competencia por razón de la materia, por lo que el criterio aplicable debe ser el territorial y, en consecuencia, el artículo 14.2 de Lecrim.

Como hemos visto, en el momento de los bombardeos el derecho internacional se hallaba en un estado precario. Ello no obstante, puede considerarse que, según el derecho vigente durante la Guerra Civil, Italia estaba cometiendo una agresión contra España, con consecuencias fatales y con violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, entre otros motivos, mediante los bombardeos de Barcelona. Pues bien, entiendo que lo que pide la Asociación AltraItalia en la querrela es razonable. Será difícil, por no decir imposible, que prospere desde la perspectiva penal individual, entre otras cosas por las deficiencias normativas ya explicadas en este ámbito. Pero los querellantes no buscan más que un reconocimiento moral, que desde luego es factible y deseable pues se mueve en un plano puramente político. Aunque la vía judicial no sea la más adecuada, ya que debería hacerse por los canales diplomáticos oficiosos, la petición de excusas a Italia —tanto en relación con los bombardeos en Barcelona como, en general, por su participación y agresión en la Guerra Civil española (cosa que también podría hacer Alemania)—

forma parte de la denominada *responsabilidad internacional por injusticias históricas*,⁴⁶ que constituye una vía en plena expansión en la práctica internacional de derechos humanos cuando las vías jurídicas se ven obstruidas, como en el caso de la esclavitud o la colonización. Tampoco hay que olvidar que Italia estaba en el conflicto a petición de Franco, que luego fue el vencedor de la guerra, por lo que los italianos podrían considerar que la responsabilidad también es de España, como continuadora de la responsabilidad de Franco.

En estos casos se puede aceptar la existencia de una *responsabilidad por violaciones históricas de los derechos humanos*, tanto desde la perspectiva del derecho internacional como a la luz de la pretensión de los querellantes, que no es otra que la petición de disculpas por parte de Italia. Hay que indicar que la responsabilidad por violaciones históricas de los derechos humanos no busca tanto la condena de los autores materiales, que en su mayor parte o han fallecido o no eran los responsables verdaderos (por ejemplo, en el caso de los pilotos de los aviones los verdaderos e importantes responsables son aquellos que dieron la orden de bombardear), como una condena moral.

Este tema no ha sido objeto de codificación y desarrollo progresivo ni se ha debatido hasta tiempos recientes. Empezó a plantearse en la jurisdicción interna de Estados Unidos en casos como el internamiento de norteamericanos de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial o en acciones de reparación por esclavitud, que no tuvieron éxito ante los tribunales.⁴⁷ También se planteó en otras jurisdicciones; ante los tribunales internos de Japón en relación con la esclavitud sexual de mujeres coreanas o filipinas durante la Segunda Guerra Mundial, o ante tribunales europeos respecto de mano de obra esclavizada en los campos de concentración.

Las dificultades para que prospere este tipo de reclamaciones tienen que ver con los principios de legalidad, irretroactividad e inmunidad soberana, así como con cuestiones económicas (por ejemplo, en el caso del *apartheid*) o jurídicas (como en el caso de la reparación por las consecuencias de la esclavitud o el colonialismo). La historia ha vuelto al primer plano esas reparaciones en forma de reivindicación histórica.

El derecho internacional en este campo está evolucionando, como consecuencia de los desarrollos de la práctica internacional. Por lo que se refiere a las reparaciones por las injusticias históricas y por las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil, cabe destacar sucintamente el pre-

⁴⁶ D. SHELTON, *Remedies in international human rights law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, págs. 455 y ss.

⁴⁷ *Ibidem*.

cedente de la Segunda Guerra Mundial, que ha contribuido al desarrollo de la práctica de reparación exigida a compañías de seguros y bancos por su comportamiento durante el nazismo. Además ha habido acuerdos de compensación global (por ejemplo, entre Alemania y Estados Unidos, en 1995) para indemnizar a norteamericanos víctimas de la persecución nazi. También ha habido acciones colectivas contra la Unión Internacional de Bancos Suizos (en Estados Unidos) o se han creado fundaciones para compensar a víctimas.⁴⁸ En las relaciones internacionales se han desarrollado formas de reparación específicas, como la petición de excusas, la restitución de bienes culturales o formas de compensación económica, en algunos casos.⁴⁹ Se trata de un campo con mucho futuro, sobre todo desde la perspectiva de la negociación diplomática. Ya hay una práctica internacional relevante de petición de excusas en casos como la deportación de judíos a los campos de exterminio por parte de la Francia de Vichy, o del presidente V. Havel (de Chequia) con las minorías alemanas después de la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, al igual que España podría ser objeto de excusas por parte de Italia por los bombardeos de Barcelona, también podría pedir excusas por los bombardeos del Rif unos años antes.

⁴⁸ D. SHELTON, *op. cit.*, págs. 435-435.

⁴⁹ Así, en 1992 el presidente Chirac (y otros posteriormente) pidieron excusas por el papel de la Francia de Vichy en la deportación de judíos (más de 76.000) a campos de concentración nazis; el Gobierno de Japón hizo un limitado reconocimiento de las atrocidades que había cometido en Nanking; Benin y Ghana pidieron excusas por su papel en el tráfico de esclavos. La reina Isabel II lo hizo en relación con los maoríes de Nueva Zelanda, el Congreso de Estados Unidos con el pueblo indígena hawaiano, Noruega con el pueblo sami, etc. También ha habido restitución de bienes culturales y compensaciones por injusticias históricas. Así Estados Unidos y Canadá compensaron a sus nacionales de origen japonés, Austria creó un fondo de compensación para personas que habían sido sometidas a esclavitud laboral, en octubre de 2000. Sobre esta práctica, véase D. SHELTON, *op. cit.*, págs. 448 y ss.

Las desapariciones forzadas en España a la luz de la Convención de las Naciones Unidas

Juan José López Ortega

Introducción

El 23 de diciembre de 2010 entró en vigor la Convención de las Naciones Unidas para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Al año siguiente se constituyó en Ginebra el Comité contra la Desaparición Forzada (CDF), órgano encargado de velar por la aplicación de sus disposiciones. Las observaciones que el comité hace a los informes presentados por los Estados miembros sobre las medidas adoptadas para cumplir los mandatos de la Convención es uno de los mecanismos más característicos del sistema de protección de las Naciones Unidas. Hasta el momento, el comité ha examinado los informes de Uruguay, Francia,¹ Argentina y España² y en la última sesión, la sexta, los de Alemania y Holanda.³

Desde su constitución, ha sido especialmente polémica la cuestión de la competencia *ratione temporis* del comité. El artículo 35 de la Convención la reconoce únicamente para las «desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención», de tal modo que los denominados «hechos del pasado» —es decir, las desapariciones que se iniciaron antes de su entrada en vigor— quedan fuera de la competencia del comité. Su competencia temporal es tan limitada que, a causa de ello, esta disposición concitó fuertes críticas durante el proceso de elaboración de la Convención. Algunas delegaciones, como las de Argentina, Italia y Chile, llegaron a anunciar que al ratificarlo harían una declaración interpretativa, que sin embargo nunca llegaron a realizar, a fin de que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, así como las obligaciones derivadas de la apropiación de

¹ Los informes de Uruguay y Francia se examinaron en el cuarto periodo de sesiones, celebrado en Ginebra entre el 8 y el 19 de abril de 2013.

² Los informes de Argentina y España se examinaron en el quinto periodo de sesiones, celebrado en Ginebra entre el 4 y el 15 de noviembre de 2013.

³ El sexto periodo de sesiones se celebró en Ginebra entre el 17 y el 28 de marzo de 2014.

niños, se extiendan a toda desaparición forzada que hubiera comenzado y no hubiera sido aclarada antes de la entrada en vigor del instrumento convencional. Las organizaciones de derechos humanos y algunos autores propugnaron una interpretación que fuese más allá de la mera literalidad del precepto.

Aunque en un primer momento el comité se mostró especialmente cauto,⁴ lo cierto es que progresivamente ha ido extendiendo su ámbito de competencia temporal para incluir los hechos del pasado, aunque solo en el examen de los informes presentados por los Estados miembros.⁵ El punto de inflexión se produjo en el examen del informe presentado por España. El comité, acogiendo los puntos de vista de los representantes de la sociedad civil,⁶ decidió incluir en el diálogo con la delegación española varias cuestiones referidas a los desaparecidos durante la Guerra Civil. Poner el punto de mira en unos hechos ocurridos en los años treinta del pasado siglo es una actuación singular, casi sin precedentes en el seno de los órganos de las Naciones Unidas. No solo porque estos hechos son anteriores a la entrada en vigor de la Convención contra las Desapariciones Forzadas, sino también porque se produjeron antes de la constitución de la propia Organización de Naciones Unidas,⁷ de la incorporación de

⁴ Es muy reveladora la carta dirigida por el presidente del comité, Emmanuel Decaux, el 25 de enero de 2012 a todos los Estados de las Naciones Unidas instándolos a ratificar la Convención. En la carta se pone especial énfasis en el carácter preventivo del instrumento internacional, señalando que «de conformidad con el art. 35, la Convención se aplica únicamente a los casos de desapariciones forzadas cuya ejecución se inició tras su entrada en vigor en cada uno de los Estados parte». De igual modo, en los primeros diálogos que el comité mantuvo con Uruguay y Francia no se hizo ninguna mención a los hechos del pasado. Solo en las observaciones finales de Uruguay el comité expresó su preocupación por la interpretación que la Suprema Corte de Justicia estaba haciendo del delito de desaparición forzada, que comprometía seriamente su aplicación en los casos de desapariciones de larga duración (párrs. 13 y 14). En el examen de Francia los hechos del pasado no se mencionaron, a pesar de que algunos representantes de la sociedad civil denunciaron varios casos. Alguno de ellos, incluso, estaba siendo investigado por los tribunales.

⁵ En el quinto periodo de sesiones el comité adoptó una declaración interpretativa sobre su competencia *ratione temporis*. En ella se establece que la eficacia del art. 35 de la Convención se limita al examen de las demandas individuales, que solo podrán referirse a casos relativos a desapariciones forzadas que hayan comenzado antes de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate. En cambio, recabar información sobre el pasado se considera que es un instrumento útil durante el diálogo con los Estados para comprender plenamente los retos del presente. No obstante, se añade, en las observaciones finales el comité debe centrar la atención en las obligaciones actuales del Estado miembro.

⁶ Un número considerable de organizaciones de derechos humanos hicieron informes alternativos al informe presentado por España: Amnistía Internacional, Amnistía Internacional de Argentina, Fundación Baltasar Garzón, Plataforma por la Comisión de la Verdad, Asociación Española para el Derecho Internacional de los derechos humanos y TRIAL Asociación Suiza contra la impunidad. Todas pusieron especial énfasis en las desapariciones que se produjeron durante la Guerra Civil y el franquismo, e instaron al comité a extender su competencia al examen de esos hechos del pasado.

⁷ La ONU fue fundada en San Francisco el 24 de octubre de 1945, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas. Hasta ahora, en la actuación de todos los órganos de las Naciones Unidas se ha venido

España a esta organización internacional⁸ y de la ratificación por el Estado español de sus principales instrumentos en materia de derechos humanos.

Todo ello, sin embargo, no ha impedido que, en sus observaciones finales, el comité haya exhortado al Estado español a investigar de manera exhaustiva e imparcial las desapariciones forzadas que se produjeron durante la Guerra Civil, y a adoptar las medidas necesarias a fin de evitar que la aplicación de la ley de amnistía constituya un obstáculo para que sus responsables sean juzgados y sancionados de acuerdo con la gravedad de sus crímenes (párr. 12); haya recomendado que se adopten las medidas necesarias para buscar y esclarecer la suerte de las personas desaparecidas (párr. 32), y haya sugerido que las autoridades españolas constituyan una comisión de expertos independientes encargada de determinar la verdad sobre las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado, en particular las desapariciones forzadas (párr. 33).

La Guerra Civil, llena de crueldad y muerte, vuelve a situarse en el primer plano setenta y cinco años después de haber terminado, relegando otros casos de desaparición forzada más recientes y cuyos efectos todavía se mantienen. El más reciente, y uno de los más graves por la cantidad de personas y Estados concernidos, fue el uso del espacio aéreo y los aeropuertos de catorce Estados europeos, España entre ellos, en el contexto de las «entregas extraordinarias» (*extraordinary renditions*) que se llevaron a cabo como parte de la estrategia de guerra global contra el terrorismo que inspiró la política norteamericana tras los atentados a las Torres Gemelas de Nueva York y las guerras de Irak y Afganistán. Décadas antes, en el clima de violencia institucional que se dio en los primeros años de la transición, se produjeron varios casos de desaparición forzada en el marco de la guerra sucia contra ETA y asociadas a prácticas corruptas en el seno de la policía. También hasta entonces permaneció activo un fenómeno de sustracción y apropiación de niños recién nacidos, cuyo alcance todavía se ignora, que se inicia en los años cincuenta y se mantiene hasta la reforma del sistema de adopción en el año 1987.

Desde esta perspectiva amplia es como me propongo abordar los casos de desaparición forzada que han tenido lugar en España en las últimas décadas, es decir, desde mediados del siglo xx hasta la actualidad; para examinar a continuación las dificultades que representa para el comité gestionar los hechos del

entendiendo que, con la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la constitución de la ONU, se constituye un nuevo orden internacional y, por ello, nunca ningún órgano de tratados ha extendido su competencia a hechos anteriores al año 1945.

⁸ España ingresó en la ONU el 14 de diciembre de 1955 y puso así fin al aislamiento internacional del régimen de Franco. En 1953 se había firmado el acuerdo hispano-norteamericano.

pasado, reflexionando sobre la recomendación de abrogar la ley de amnistía, sobre la reparación de las víctimas y sobre la necesidad de hacer una política de la memoria de acuerdo con los valores de reconciliación y democracia.

De los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo al desencanto del proceso de transición

La desaparición forzada es algo más que el secuestro de una persona. En la Convención se define como el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de los agentes del Estado o de grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguido de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida (CDE, art. 2). Se trata de un delito complejo y pluriofensivo en el que se superponen una serie de elementos: la privación de libertad que ha de ser imputable, por acción u omisión, a las autoridades del Estado; la negativa de dichas autoridades a reconocer la privación de libertad y a proporcionar información sobre el paradero o la suerte que haya corrido la persona desaparecida; y, como consecuencia de lo anterior, la sustracción de la persona a la protección de la ley.

Siendo esta la definición de la desaparición forzada, es evidente que durante la Guerra Civil, especialmente en los primeros meses, en uno y otro bando se produjeron desapariciones de forma masiva y sistemática. «Asaltos a prisiones, paseos y sacas fueron las manifestaciones del terror desatado por la tormenta revolucionaria del verano de 1936», dice Casanova, que añade: «Mientras continuó el terror estival, al igual que sucedía con el otro terror “caliente” incitado y ejecutado por militares, señoritos y propietarios, no se echaron en falta los procedimientos judiciales. El paseo era mucho más rápido y[,] como ocurrió con el terror del otro bando, el ejercido en la zona republicana al amparo de las milicias, de la “justicia revolucionaria”, de los “grupos de investigación” o de cualquier asesino con el arma y la venganza a sus espaldas se concentró en los meses de agosto y septiembre, con la importantísima excepción de Madrid[,] donde varios miles de personas hallaron la muerte con resultado de las “sacas” de noviembre de 1936».⁹

Aunque la mayoría de los secuestros seguidos de asesinatos se produjeron en los primeros meses, la guerra se prolongó durante tres años y fue sumamente

⁹ J. CASANOVA, «Rebelión y revolución», en S. Juliá (coord.), *Victimas de la guerra civil*, Madrid: Temas de Hoy, 2004, pág. 73. Del mismo autor, *España partida en dos. Breve historia de la guerra civil española*, Barcelona: Crítica, 2013.

cruenta. No hay acuerdo sobre el número de fallecidos, pero en las investigaciones más fiables se manejan cifras de alrededor de doscientas mil personas, incluyendo los fusilamientos que se produjeron durante la guerra en ambos bandos y los que se realizaron desde que finalizó la guerra hasta 1950, año en el que existe un amplio consenso en considerar que se puso fin a esta forma más violenta de represión.¹⁰ Entre los historiadores también es una opinión común que en ambos bandos del conflicto bélico se cometieron las mismas atrocidades: ejecuciones extrajudiciales, operaciones de purga sobre grupos minoritarios inicialmente alineados con el bando contrario, represión del adversario por métodos violentos.¹¹

Muerto Franco, tras cuarenta años de dictadura, el primer parlamento democrático aprobó, prácticamente de forma unánime, la Ley de Amnistía,¹² que de este modo se convertiría en uno de los pilares del proceso de transición a la democracia. Dictada en pleno proceso constituyente, coetánea a la asunción por parte de España de los principales convenios internacionales sobre derechos humanos,¹³ fue expresión de la voluntad de convivencia y reconciliación de todos los españoles. Una de las amnistías más generosas, puesto que incluía

¹⁰ Respecto del número de fallecidos, F. Moreno advierte que, actualmente, la línea de investigación histórica se encuentra claramente definida: «los datos de la historiografía franquista o tardofranquista son casi siempre corregidos al alza en cuanto a la represión efectuada por los golpistas en 1936, y corregida a la baja en cuanto a la represión republicana. Esta última cifrada por los historiadores del régimen en unas 70.000 víctimas, no debió superar las 50.000, según las revisiones recientes. Y la represión franquista, cifrada antes de la democracia en unos 57.000 fusilados, se ha revelado en las últimas décadas mucho más cuantiosa, una aberración lógica por otra parte en la dialéctica de vencedores y vencidos de la historia universal. Si en veinticinco provincias totales y siete parciales conocemos ya el cómputo fiable de 90.194 fusilados por el franquismo, es lógica la proyección de al menos otras 50.000 víctimas más para casi la mitad de España restante, lo que nos sitúa en unos 140.000 republicanos que el franquismo se llevó por delante hasta 1950. Hay que pensar en unos 100.000 fusilados durante la guerra y unos 40.000 en la posguerra» (F. MORENO, «Las cifras. Estado de la cuestión», en S. Juliá [coord.], *Víctimas de la guerra civil, op. cit.*, págs. 410-411).

¹¹ El Informe general de la comisión interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo (2006) se refiere a ello: «en las dos zonas en las que se dividió el país, hubo atrocidades injustificables. Los historiadores coinciden en que, en ambas, hubo ejecuciones abiertamente extrajudiciales; operaciones de “purga” respecto a integrantes de grupos minoritarios inicialmente alineados con la dirección de los dos bandos; y en las dos zonas, en fin, se establecieron órganos específicos dirigidos a la represión del adversario político por métodos violentos. Los restos de muchos de quienes murieron en los frentes o en las operaciones padecidas en la retaguardia tardaron en ser recuperados. Aún hoy, algunos miles permanecen ilocalizados».

¹² La Ley de Amnistía 46/1977, del 15 de octubre, fue aprobada por todos los grupos parlamentarios, con la única excepción de Alianza Popular, el partido que más claramente representaba a los herederos del franquismo, que se abstuvo; por distintos motivos dos diputados, uno de Euskadiko Ezquerria y otra de Candidatura Aragonesa Independiente, se abstuvieron y hubo un voto nulo.

¹³ En abril de 1977 España ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en Nueva York en diciembre de 1966, y un año después el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, aprobado en Roma en noviembre de 1950. El Convenio de

no solo a los violentos contra el régimen de Franco, sino también a los que habían utilizado la violencia para mantenerlo, generosidad que para Tusell estuvo facilitada porque el grueso de la represión franquista quedaba muy atrás en el tiempo. El inconveniente, añade este autor, es que «no perduró la memoria histórica del tiempo pasado»,¹⁴ lo que tampoco constituía un especial motivo de preocupación para sus autores. Como señala la exposición de motivos de la ley, «el perdón, como acto de gracia [...], se manifiesta como expresión de una decisión adoptada en sede parlamentaria y, por tanto, directamente conectada a la voluntad ciudadana de “olvidar” (que no otra cosa significa amnistía), de borrar, desde el punto de vista penal, la realidad de un pasado que, por injusto, se pretende, a estos efectos, como inexistente».¹⁵

Hacer balance de la Ley de Amnistía transcurridos treinta y cinco años se convierte en un ejercicio lleno de dificultades. Aunque hoy muchos cuestionan su validez incluso a los ojos del derecho internacional, no está muy claro que la obligación de perseguir estas graves violaciones de derechos humanos, que hoy en día nadie discute, también lo fuera en el momento en que se adoptó. En 1977 no existía un instrumento que obligara a España a la persecución de estos delitos y tampoco puede afirmarse que existiera una norma internacional de *ius cogens* de la que resultara esa obligación. En realidad, no es hasta la década de los noventa cuando se consolidó una práctica general contraria a las amnistías de determinados crímenes. Más, si cabe, contra las «autoamnistías» que, a diferencia del caso español, se dieron en muchos países iberoamericanos. Como muy expresivamente diría años después un destacado dirigente socialista, en España la ley de punto final la hicieron los demócratas para los franquistas.¹⁶

El hilo conductor de este proceso fue la reconciliación, para superar la división que en el pueblo español se produjo por la Guerra Civil. No pudo ser más claro el portavoz del grupo comunista al decir que la amnistía era la pieza capital de esta política de reconciliación nacional por la que ellos habían abogado: «¿Cómo podríamos reconciliarnos los que nos habíamos estado matando

Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sin embargo, no se ratificaría hasta finales de 1987, y en 1989 el Convenio Europeo contra la Tortura.

¹⁴ J. TUSELL, *Dictadura franquista y democracia (1939-2004)*, Barcelona: Crítica, 2005, pág. 299.

¹⁵ Real Decreto-Ley de Amnistía 10/1976, del 30 de julio.

¹⁶ La frase se atribuye a Txiki Benegas, secretario general del partido socialista (PSOE). Citada por P. AGUILAR FERNÁNDEZ, «Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española», en A. Barahona de Brito, P. Aguilar Fernández y C. González Enríquez (eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid: Istmo, 2002, pág. 161.

los unos a los otros, si no borráramos ese pasado de una vez para siempre?». ¹⁷ Como señala Aguilar Fernández, en el debate parlamentario de la Ley de Amnistía casi todos los grupos parlamentarios la elogiaron por ser instrumento de «reconciliación nacional», por «cerrar el pasado», facilitar su «olvido» y permitir la apertura de una nueva etapa. Incluso los comunistas, señala esta autora, se vanagloriaron de no querer recordar el pasado, de haber «enterrado» a sus «muertos» y sus «rencores», y solicitaron una «amnistía para todos, sin exclusión del lugar en que hubiera estado nadie». ¹⁸

Si se decidió no pedir responsabilidades tras cuarenta años de dictadura fue debido a muchos factores: el recuerdo de una guerra fratricida, en la que los españoles habían sido verdugos a la vez que víctimas; la ausencia de un enemigo común, un sentimiento general de culpa colectiva por las atrocidades del pasado y el temor a un nuevo enfrentamiento. Todo ello, sin duda alguna, auspiciado por un modelo de transición no rupturista, cuyos principales protagonistas, además, no habían tenido ninguna participación en la contienda. ¹⁹

El caso español es el ejemplo más llamativo de reconciliación nacional sin justicia penal. Es único dentro de las transiciones a la democracia, porque hubo una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional. ²⁰ El deseo de transición pacífica, que predominaba sobre los deseos de justicia o de venganza, fue el que permitió un acuerdo casi absoluto, ²¹ un acuerdo que durante décadas ha sido motivo de orgullo para los españoles. ²²

Si durante la transición ninguna fuerza política, sindical o social reclamó la adopción de medidas de justicia ²³ ni la creación de comisiones de la verdad,

¹⁷ Citado en el informe general de la comisión interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo (2006), pág. 28.

¹⁸ P. Aguilar Fernández, «Justicia, política y memoria», *op. cit.*, pág. 159.

¹⁹ *Ídem*, págs. 137 y 143.

²⁰ J. ELSTER, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires: Katz, 2006, pág. 80.

²¹ A. GIL GIL, «Justicia transicional en España», en J. Tamarit Sumalla (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, 2010, pág. 170.

²² En el año 2000, señala la profesora Aguilar, el 86,1% de los españoles se mostraba sumamente satisfecho con el proceso de transición a la democracia, lo que la lleva a afirmar que se ha producido un proceso de reconciliación de la ciudadanía española consigo misma (P. AGUILAR FERNÁNDEZ, «Presencia y ausencia de la Guerra Civil y del franquismo en la democracia española. Reflexiones en torno a la articulación y ruptura del “pacto de silencio”», en J. Aróstegui y F. Godicheau [eds.], *Guerra Civil. Mito y memoria*, Madrid: Marcial Pons, 2006, págs. 264-265).

²³ Es muy significativa la posición que sobre la amnistía tuvo la asociación Justicia Democrática. Constituida clandestinamente en la década de los setenta, se disolvió al promulgarse la Constitución. Entre sus objetivos figuraba la proclamación de la amnistía total para todos los delitos de intencionalidad política. Al respecto, reflexiona críticamente Aguilar Fernández: «Como puede verse, no solo no reclamaba la adopción de medidas de justicia política (purgas, juicios, comisiones), sino que incluso

décadas después el consenso parece haberse roto y haberse convertido en desencanto.²⁴ La decepción es tan grande que muchos de los déficits que hoy presenta nuestra democracia se achacan a la forma en que se ejecutó ese proceso. Mientras que para algunos historiadores nuestra transición fue modélica, para otros en ella se encuentra el germen de una falta de cultura democrática que es la causa del comportamiento oligárquico de nuestros dos principales partidos, de vergonzosos episodios como la guerra sucia contra el terrorismo y la extensión generalizada del fenómeno de la corrupción en nuestro sistema político. Como dice Colomer, «las virtudes de nuestra transición se han convertido en los vicios de nuestra democracia».²⁵

Juzgar el pasado, sin embargo, no es tarea propia de los juristas. Por ello, llega tarde el Comité contra las Desapariciones Forzadas cuando, en sus observaciones finales, impone a España la tarea imposible de «superar los obstáculos de orden interno que puedan impedir las investigaciones de los crímenes del pasado», refiriéndose en particular a la interpretación que se ha dado a la Ley de Amnistía. Llega tarde y olvida que la justicia solo está para condenar o absolver, no para hacer historia, y que juzgar es imposible cuando los responsables han muerto o las responsabilidades han prescrito. En el derecho penal, el tiempo tiene un efecto devastador y, como recuerda Kai Ambos, las necesidades de justicia no pueden hacerse a costa de los principios básicos del derecho penal, como la prohibición de retroactividad o la prescripción.²⁶

una asociación de esta naturaleza llegaba a contemplar la necesidad de aprobar el equivalente a una ley de punto final junto con la amnistía de todos los presos políticos» (P. AGUILAR FERNÁNDEZ, «Justicia, política y memoria», *op. cit.*, pág. 163).

²⁴ «Desencanto» es el expresivo título tomado de una película documental dirigida por Jaime Chávarri (1976); el término es utilizado por R. Núñez para describir el desánimo que paulatinamente se fue extendiendo en muchos sectores sociales y políticos que habían protagonizado la lucha antifranquista: «Desencanto como desengaño, frustración, impotencia, abandono [...] y, al final, como veremos, una cierta apatía. Una profunda sensación de desánimo se fue extendiendo poco a poco por todos aquellos sectores que más se habían distinguido en la oposición al régimen: intelectuales, estudiantes, periodistas, profesionales, sindicatos de clase, partidos, grupos y grupúsculos de izquierda en general. En un lapso cortísimo, menos de un lustro, entre los años finales del franquismo y la elaboración de un texto constitucional, se había pasado del cielo al suelo, de un horizonte utópico a un terreno estrechamente acotado. Se vivía el proceso como una derrota en toda regla, y de ahí una palpable y extendida desmoralización» (R. NÚÑEZ FLORENCIO, *El peso del pesimismo. Del 98 al desencanto*, Madrid: Marcial Pons, 2010, pág. 366).

²⁵ J. M. COLOMER, *La transición a la democracia: el modelo español*, Barcelona: Anagrama, 1998, pág. 181.

²⁶ Señala este autor que «la persecución jurídico internacional de los crímenes fracasa por lo general —también en el caso español— por su falta de redacción típica en la fecha de los hechos[,] y la persecución nacional lo hace por la prescripción. Ello no puede remediarse mediante una referencia de manera refleja al derecho penal internacional o —aún más general— al derecho internacional de los derechos humanos, pues las prohibiciones que ahí encontramos, por ejemplo del derecho internacio-

En cada país el proceso de transición transcurre por vías muy diferentes.²⁷ No hay una solución modelo para gestionar los procesos de transición, sino que en cada situación se ha de buscar un equilibrio concreto entre los diferentes intereses, los de las víctimas y los autores, los de la justicia y la paz. Si el fin último de todo proceso de transición es construir un régimen democrático que garantice suficientemente la paz, resulta evidente que en España este objetivo se cumplió con creces. Las instituciones democráticas están hoy firmemente asentadas y la misma existencia de la democracia es la principal garantía de que los crímenes del pasado no volverán a repetirse en el futuro.²⁸ Es cierto que este objetivo legítimo se consiguió a costa de la renuncia a la persecución penal y que los derechos de las víctimas en buena medida quedaron relegados en aras de alcanzar ese interés general y colectivo. Pero también lo es que con la llegada de la democracia se fueron promulgando toda una serie de medidas destinadas a compensar a las víctimas, lo que dio lugar a un modelo que de un modo muy expresivo se ha descrito como de «olvido absoluto del pasado con rehabilitación parcial de las víctimas».²⁹

Olvido, sin embargo, no es amnesia, dice Santos Juliá. Fue una opción deliberada gestada durante décadas en el seno de las fuerzas de oposición al franquismo ante la necesidad de mirar al futuro. Como sostiene este autor, «la amnistía, el olvido, la reconciliación [...] no fueron una invención de la transición. Se concibieron por la generación de demócratas antes de la democracia, en los años sesenta, como arma contra la dictadura, y en su formulación tuvo un papel destacado el PCE[,] que, en 1960, en las resoluciones de su VI Congreso[,] ya proponía como una de las bases del pacto de las fuerzas antifranquistas una “amnistía general [...] extensiva a todas las responsabilidades derivadas de la Guerra Civil, en ambos bandos contendientes”». ³⁰ Y añade: «la transición fue menos excitante que una revolución o que una fiesta, pero fue mucho más eficaz y duradera en su capacidad de integración y en la solidez de sus resultados».³¹

nal humanitario (cláusula “Martens”), no constituyen ningún tipo penal» (Kai Ambos, prólogo al libro de A. GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona: Atelier, 2009, pág. 14).

²⁷ «Cada nueva democracia debe gestionar su propia solución para las demandas de verdad y justicia», señala L. Whitehead en el prefacio a la obra *Las políticas hacia el pasado* (BARAHONDA DE BRITO et al., *op. cit.*, pág. 27).

²⁸ La garantía de no repetición es uno de los pilares de la Convención de las Naciones Unidas, que la positiviza incluyéndola en el contenido del derecho a la reparación (art. 24.5 d).

²⁹ A. GIL GIL, *La justicia de transición en España*, *op. cit.*, pág. 100.

³⁰ Citado por S. JULIÁ, «De “guerra contra el invasor” a “guerra fratricida”», en S. Juliá (coord.), *Víctimas de la guerra civil*, *op. cit.*, pág. 49.

³¹ *Ídem*, pág. 52.

Mirar al futuro para construir un sistema pacífico de convivencia era el objetivo de las élites y de la sociedad en su conjunto, y este era el mensaje que los medios más influyentes de la época no dudaban en transmitir, sin importarles demasiado que mirar al futuro se hiciera a costa de olvidar el pasado. El mismo día que se aprobaba en el parlamento la Ley de Amnistía, el diario *El País* editorializaba: «La España democrática debe, desde ahora, mirar hacia adelante, olvidar las responsabilidades y los hechos de la guerra civil, hacer abstracción de los cuarenta años de dictadura [...]. Un pueblo ni puede ni debe carecer de memoria histórica: pero esta debe servirle para alimentar proyectos pacíficos de convivencia hacia el futuro y no para nutrir rencores hacia el pasado».³²

Las desapariciones forzadas en el proceso de transición a la democracia: de los niños robados a la violencia policial

España es un buen ejemplo de cómo la desaparición forzada de personas no se produce únicamente en situaciones de grave crisis o en las dictaduras. La continuidad institucional y los legados de los regímenes autoritarios que se mantienen mientras los procesos de transición no se han consolidado favorecen la comisión de estos delitos. Así ha sucedido tanto en los casos de apropiación de niños como en los de violencia policial. Ambos fenómenos se iniciaron durante la dictadura y se mantuvieron hasta los primeros años de democracia, cuando concluyeron coincidiendo con la consolidación del régimen democrático.

En los años ochenta se tuvo constancia de que desde mediados del pasado siglo se venía desarrollando una práctica criminal y corrupta: la sustracción de niños recién nacidos, simulando el parto y apropiándose del bebé o utilizando irregularmente los procedimientos de adopción. En ambos casos con conocimiento y colaboración de las autoridades, pues el tráfico de bebés sustraídos en la misma clínica en que la madre había dado a luz y la entrega del niño a unos padres distintos de los verdaderos, que se apropiaban de él y lo inscribían en el registro civil como hijo propio, solo podían conseguirse con el beneplácito y —en muchos casos— la colaboración de los agentes estatales.³³

³² Editorial diario *El País*, 15 de octubre de 1977.

³³ No hay que olvidar que algunas instituciones públicas se vieron involucradas, como las maternidades en las que se producía el alumbramiento.

Transcurridos más de treinta años desde las últimas apropiaciones, cuantificar el número de casos es prácticamente imposible.³⁴ Hoy quizá tan solo se puede establecer un patrón útil para evaluar la verosimilitud de las denuncias. Padres primerizos a quienes se comunica la muerte repentina de un hijo nacido aparentemente sano. Epidemias inexplicables, como la infección por otitis en la maternidad provincial de Madrid. Relatos macabros en los que, ante la insistencia de los padres, se los tranquiliza enseñándoles el cadáver de un bebé, siempre el mismo, que se mantiene congelado.³⁵ También mujeres en situación de vulnerabilidad extrema, jóvenes solteras y embarazadas que, presionadas por la represión moral de la época, prefieren desprenderse de su hijo dándolo en adopción y prestan un consentimiento en unas condiciones que hoy serían totalmente inaceptables. Junto a ello, padres deseosos de adoptar, incluso pagando extraordinarias sumas. Todo ello contribuyó a la proliferación de un negocio aparentemente revestido de caridad que acabó convirtiéndose en un simple tráfico de recién nacidos,³⁶ al que puso definitivamente término la reforma del sistema legal de adopción.³⁷

Aunque ya en los ochenta llegó a formularse alguna denuncia aislada,³⁸ no ha sido hasta esta última década cuando se ha podido entrever la magnitud del fenómeno. La respuesta de las autoridades —abriendo investigaciones en numerosos juzgados y fiscalías, creando un censo de afectados, estableciendo criterios uniformes de actuación y un banco nacional de ADN para facilitar la

³⁴ Sin justificarlo, se habla de hasta trescientos mil bebés robados. Pero, como explica L. Álvarez Taboada en esta misma obra, son muchos los factores que dificultan el esclarecimiento de las denuncias y, a causa de ello, lo que es seguro es que nunca podrá determinarse el número de casos.

³⁵ La circular 2/2012 de la Fiscalía General del Estado refiere el siguiente *modus operandi*: «se informaba a la madre y familiares que un menor recién nacido había fallecido, ofreciéndose el centro hospitalario a hacerse cargo de los restos. Ese menor era entregado a otras personas. En algunos casos, a requerimiento de los progenitores, les era exhibido un menor fallecido, sospechando la familia que se trataba de un cadáver no correspondiente a su hijo».

³⁶ Se refiere a ello, vinculándolo a la represión política, M. ARMENGOU, «Niños robados», en R. Escudero Alday (coord.), *Diccionario de memoria histórica*, Madrid: Los Libros de la Catarata, 2011, pág. 125.

³⁷ Como ha puesto de manifiesto L. Álvarez Taboada, la propia exposición de motivos de la ley 21/1987 de reforma del régimen de adopción se refería a la existencia de este fenómeno delictivo, que se relaciona con la falta de un control efectivo a cargo de las autoridades: «Esta ausencia de control permitía en ocasiones el odioso tráfico de niños denunciado por los medios de comunicación» (véase en esta misma publicación: L. ÁLVAREZ TABOADA, «Las denuncias en los casos de los “niños robados”»).

³⁸ Ya en 1982 la revista *Interviú* publicó un reportaje sobre estos hechos, en concreto en los números 298, 299 y 301. Entre el 27 de enero y el 17 de febrero se publicaron diversas informaciones que alertaban sobre la existencia de esta trama. El primero se titulaba «La monja que trafica con niños». En el segundo se denunciaba que en una nevera se guardaba congelado el cadáver de un niño recién nacido, que incluso aparecía fotografiado. El último se titulaba «La monja cambiaba niños como cromos». Aunque en esa época llegó a incoarse algún proceso aislado, todos fueron sobreseídos.

identificación de los niños de desaparecidos—³⁹ parece haber colmado las expectativas del Comité contra la Desaparición Forzada. En sus observaciones finales al informe de España, acogió con beneplácito la información que le fue transmitida sobre las medidas adoptadas para investigar los casos de desaparición de niños (párr. 34), aunque recomendó que se incrementen las penas⁴⁰ y que se acentúen los esfuerzos para identificar a los niños desaparecidos (párr. 35).

El fenómeno de los niños robados no fue el único legado del franquismo a la democracia española. En las sociedades que acometen un proceso de transición a la democracia, la violencia institucional —y en particular la de las fuerzas policiales amparadas por la impunidad— constituye el marco ideal para que se produzcan abusos, arrestos arbitrarios, torturas y otras conductas delictivas, todas ellas asociadas al crimen de desaparición forzada. En el examen del informe presentado por Argentina resultó sorprendente comprobar que, tras la instauración del régimen democrático, han continuado existiendo casos de desaparecidos y que estas prácticas todavía se mantienen tras la ratificación de la Convención. Hacen víctimas a jóvenes en situación de extrema pobreza y marginación social y, como sucedía en España durante la transición, las desapariciones se encuentran asociadas a prácticas policiales violentas, al uso arbitrario de la detención y a la utilización de la desaparición como un medio para procurarse la impunidad.⁴¹

Ciertamente, es patente el paralelismo de la situación argentina con algunos casos de desaparición forzada que se produjeron en España durante la transición, tanto en el contexto de la guerra sucia contra ETA como en lo que por aquel entonces se dio en llamar la «mafia policial».⁴² La ausencia de depuración y la lentitud en las reformas internas de las fuerzas de seguridad se encuentran directamente relacionadas con estas prácticas.⁴³ Lo cierto, sin embargo, es que, a diferencia de Argentina, en España estos delitos a la larga fueron severamente

³⁹ Véase el informe presentado por España en virtud del art. 29 de la Convención, párr. 263.

⁴⁰ La apropiación de niños constituía un delito de sustracción de menores del art. 484 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos en que se produjeron, que castigaba con pena de presidio mayor (prisión de hasta doce años) la sustracción de menores de siete años. Al desaparecer este delito en 1995, el sector mayoritario de la doctrina entendió aplicable la modalidad agravada del delito de detención ilegal (arts. 163 y 165 del Código Penal), para el que se prevé una pena de prisión de hasta seis años.

⁴¹ Véanse las observaciones finales del informe de Argentina, párr. 140.

⁴² En los años ochenta se siguieron varios procesos contra la denominada «mafia policial» integrada por policías de los grupos antiatracos. Fueron condenados por asesinar a varios delincuentes en los casos Atocha y Corroto, y alguno de sus responsables también fue condenado por la desaparición de Santiago Corella *El Nani*.

⁴³ Una cuestión abierta en los primeros años de la transición fue el comportamiento de los responsables del mantenimiento del orden público. Al menos hasta mediados de los ochenta, los informes de Amnistía Internacional refieren la práctica corriente de la tortura y el maltrato de detenidos («España. La cuestión de la tortura», 1985).

sancionados, lo cual, junto con la reforma del entramado institucional del Estado, contribuyó a la total y definitiva erradicación de la violencia institucional.

En septiembre de 1988 la Audiencia Provincial de Madrid condenó a tres policías, un comisario y dos inspectores, a penas de hasta veintinueve años de prisión como autores de los delitos de falsedad y de desaparición forzada.⁴⁴ El hecho que dio lugar a su condena fue la desaparición de Santiago Corella *El Nani*. El 12 de noviembre de 1983 fue detenido junto a su mujer y trasladado a la Dirección General de Seguridad, donde se le aplicó la ley antiterrorista que permitía la incomunicación de los detenidos. Se le interrogó y fue sometido a torturas. Las hermanas de El Nani, que también fueron detenidas, declararon durante el juicio haber escuchado los gritos de Santiago, a quien los policías insistentemente preguntaban por «los cuarenta kilos de oro». Probablemente se referían al botín de un atraco anterior por el que ya había cumplido condena y que nunca se llegó a recuperar. La desaparición en realidad comienza sobre la una de la madrugada del día 13 de noviembre, cuando estando detenido es trasladado en un coche policial a un descampado. Según los policías, El Nani los condujo hasta el lugar donde había escondido varias armas y allí consiguió zafarse de los policías que lo custodiaban. El juez encargado de la investigación, sin embargo, concluyó que había muerto en la comisaría. Treinta años más tarde su cadáver todavía no se ha recuperado.⁴⁵

Se ha dicho que la acción de los GAL constituye la violación mayor de la ética democrática.⁴⁶ Sus acciones se extendieron desde el mes de octubre de 1983 hasta 1987 y supusieron más de treinta víctimas, veintisiete de ellas mortales.⁴⁷ Las primeras fueron dos jóvenes vinculados a ETA, Lasa y Zabala, ambos de poco más de veinte años. En 1983 residían en Bayona, donde fueron secuestrados por miembros del GAL y trasladados al acuartelamiento de la Guardia Civil en Intxaurreondo. Allí fueron torturados y, con conocimiento del gobernador civil

⁴⁴ «Tres policías condenados a 29 años y otros cuatro absueltos por la desaparición de El Nani», *El País*, 8 de septiembre de 1988.

⁴⁵ A pesar de la crueldad de los hechos, la condena no estuvo exenta de polémica. Se aplicó el tipo recogido en el art. 483 del Código Penal vigente, que castigaba con la pena de hasta treinta años de reclusión al reo de detención ilegal que no diera razón del paradero de la persona detenida ni acreditar haberla dejado en libertad. Aunque en la época parte de la doctrina cuestionaba la constitucionalidad de esta norma, al considerar que configuraba un «delito de sospecha» contrario a la presunción de inocencia, la condena de la Audiencia Provincial de Madrid fue confirmada por el Tribunal Supremo (sentencia del 25 de junio de 1990) y por el Tribunal Constitucional (ATC 420/1990). Desde entonces la mayor parte de la doctrina se muestra partidaria de la constitucionalidad del precepto.

⁴⁶ J. TUSELL, *op. cit.*, pág. 351.

⁴⁷ Una investigación amplia de los crímenes de los GAL en P. WOODWORTH, *Guerra sucia, manos limpias*, Barcelona: Crítica, 2002.

de Guipúzcoa, el general Rodríguez Galindo, jefe del acuartelamiento, ordenó su desaparición. Dos guardias civiles los trasladaron hasta un paraje de la provincia de Alicante, donde les descerrajaron dos tiros en la cabeza y los enterraron en cal viva, sepultándolos en una fosa que los habían obligado a cavar. Sus cuerpos fueron encontrados por azar un año después, pero hasta pasados diez años no llegaron a ser identificados. Finalmente, el 27 de abril de 2000 la Audiencia Nacional condenó a los responsables, entre los que se encontraba el general de la Guardia Civil y el ex gobernador civil de Guipúzcoa, a penas que oscilaban entre los sesenta y siete y los setenta y un años de prisión. Condenas que no solo fueron confirmadas por el Tribunal Supremo, sino que incluso fueron ligeramente incrementadas.⁴⁸

No habían transcurrido dos meses del secuestro de Lasa y Zabala cuando, el 4 de diciembre de 1983, cuatro desconocidos secuestraron en su domicilio de Hendaya a Segundo Marey, a quien confundieron con un miembro de ETA. El ministro del interior, José Barrionuevo, y el secretario de Estado de Seguridad, Rafael Vera, autorizaron a que el gobernador civil de Vizcaya organizase el secuestro, en el que participaron otros responsables políticos y policiales. A pesar de que pronto fueron conscientes de la equivocación, decidieron continuar el secuestro durante diez días más para presionar a las autoridades francesas, por aquel entonces reacias a colaborar con el Gobierno español en la persecución de los miembros de ETA. Durante todo el tiempo que duró el secuestro las condiciones del encierro fueron tan penosas, que cuando Segundo Marey fue liberado tenía graves secuelas.⁴⁹ El Tribunal Supremo condenó a diez años de prisión a la cúpula del Ministerio del Interior, incluidos el ex ministro y el ex secretario de Estado, y a penas de diferente gravedad a los demás responsables, nueve en total, todos ellos acusados de haber organizado y llevado a cabo el secuestro.⁵⁰

⁴⁸ La severidad del castigo contrasta con las medidas penitenciarias de las que se beneficiaron los principales responsables. El general Rodríguez Galindo y el ex gobernador civil de Guipúzcoa, Julen Elgorriaga, fueron excarcelados por motivos de salud a poco de ingresar en prisión (véase «El ex general Rodríguez Galindo saldrá de prisión por motivos de salud», *El País*, 30 de septiembre de 2004).

⁴⁹ Durante el secuestro, Segundo Marey tuvo la cabeza tapada con una capucha que solo le quitaban para comer. Pasaba el día sentado en una especie de tabla o poyete, salvo algunos momentos en que se le permitía dar pequeños paseos. Dormía en una cama junto a la pared. El encierro le dejó graves secuelas: un estreñimiento rebelde, hundimiento de la resistencia física, debilitamiento de la masa muscular, pérdida de siete kilos de peso y una reacción de terror con neurosis que le hacía desear la muerte. Además de otras lesiones, como bronquitis crónica, descarga de la bomba lacrimógena, conjuntivitis, cardenales, escoriaciones y sabañones (véase «La cúpula de Interior de González condenada», *El Mundo*, 30 de julio de 1998).

⁵⁰ También en este caso los condenados se beneficiaron de unas condiciones penitenciarias excepcionalmente favorables, a pesar de la gravedad del delito. El ex ministro del interior, José Barrionuevo, obtuvo el indulto parcial de la pena y se acogió a una modalidad especial de tercer grado penitencia-

El secuestro, la tortura y el asesinato se combinan también de forma trágica en la desaparición de Yolanda González,⁵¹ secuestrada en su domicilio en Madrid el 1 de febrero de 1980 por miembros de un grupo de ultraderecha⁵² que contaron con la colaboración de un agente de la policía.⁵³ Al día siguiente su cuerpo apareció abandonado con varios tiros en la cabeza. La joven, militante de un partido de izquierdas aún no legalizado, fue secuestrada y asesinada en venganza por la muerte de seis guardias civiles en un atentado de ETA que se había producido el mismo día del secuestro. Pero ni ella ni el partido al que pertenecía, PST, tenían relación alguna con la organización terrorista. La Audiencia Nacional procesó y condenó por el secuestro y asesinato de Yolanda González a sus responsables,⁵⁴ a quienes impuso penas que alcanzaron los cuarenta y tres años de prisión.⁵⁵

La transición española fue especialmente violenta. Entre 1975 y 1983 se produjeron 591 muertes por violencia política (terrorismo, guerra sucia y represión policial), de las que 188 corresponden a actos de violencia de origen institucional.⁵⁶ La violencia política se encuentra íntimamente ligada al cambio históri-

rio que lo eximía de pernoctar en prisión. En libertad desde diciembre de 1998, pasó solo tres meses en prisión.

⁵¹ Yolanda González era una joven de veinte años, líder estudiantil. Combinaba sus estudios y su militancia política con pequeños trabajos para tener autonomía. Residía en la vivienda en la que fue secuestrada junto con su novio y una compañera del PST (Partido Socialista de los Trabajadores), un pequeño grupo sin relación alguna con ETA.

⁵² El asesinato de Yolanda González fue reivindicado por Emilio Hellín en nombre del denominado Grupo 41 del Batallón Vasco Español. Sus autores, en realidad, eran militantes de Fuerza Joven, una organización paramilitar creada en el seno de Fuerza Nueva. Entre 1979 y 1982 se siguieron en la Audiencia Nacional diferentes causas contra medio centenar de militantes (véase M. SÁNCHEZ SOLER, *La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España*, Barcelona: Península, 2010, págs. 161-174).

⁵³ Un funcionario de la Policía Nacional participó en el secuestro vigilando junto con otros cómplices el exterior de la vivienda. Al enterarse de la muerte al día siguiente y arrepentido por el resultado final, denunció los hechos a sus superiores.

⁵⁴ «La Audiencia Nacional condena a fuertes penas al autor del asesinato de Yolanda González», *El País*, 3 de junio de 1982.

⁵⁵ Emilio Hellín fue condenado como principal responsable a la pena de cuarenta y tres años de prisión, de los que solo cumplió catorce. Protagonizó una fuga a Paraguay, donde se refugió y cambió de nombre en 1996. En el año 2013 su caso adquirió gran notoriedad al conocerse que su empresa, especializada en criminalística forense-informática, había obtenido varios contratos del Ministerio del Interior para la formación de policías y guardias civiles entre 2006 y 2011 (véase «Interior admite que contrató al ultra que mató a la estudiante Yolanda en 1980», *El País*, 25 de febrero de 2013).

⁵⁶ M. SÁNCHEZ SOLER, *op. cit.*, pág. 353. Aguilar Fernández da unas cifras equivalentes: «El número de víctimas mortales fruto de la represión policial en la transición (1975-1982) asciende a un mínimo de 140 personas. La extrema derecha, por su parte, es responsable de 68 muertes en ese mismo perio-

co. Cada nueva estructura conlleva nuevas formas de violencia, que en el caso de la transición española se superponen interactuando unas con otras. El legado de la dictadura, caracterizado por su resistencia al cambio y por una concepción autoritaria del orden, paulatinamente se irá debilitando y sustituyendo por una cultura democrática de respeto a los derechos humanos y a las libertades individuales y de limitación de la arbitrariedad del poder. Pero, como sostiene Baby, el desafío del terrorismo interfiere entre la herencia de la dictadura y la modernidad situándose en el corazón mismo del nacimiento de España como Estado democrático.⁵⁷ Para esta autora, solo a partir del año 1986, con la transformación del sistema represivo, puede hablarse en propiedad del fin de la transición y del nacimiento de la España democrática.⁵⁸

No obstante, será en la década siguiente cuando la solidez del sistema democrático se ponga a prueba con la inculpación de importantes responsables políticos, algunos antiguos miembros del primer gobierno socialista, por los errores cometidos en la lucha antiterrorista. Si uno de los principios de la democracia es reconocer y sancionar los crímenes cometidos en su seno, no puede negarse que estos delitos fueron sancionados, aunque también es verdad que la severidad del castigo que se impuso a sus autores contrasta con el trato indulgente que recibieron en prisión. En todo caso, transcurridos treinta años, aquel pasado autoritario quedó definitivamente superado, pues ni tan siquiera puede decirse que en España hoy en día haya pervivido una cultura política autoritaria.⁵⁹

do» (P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid: Alianza, 2008, pág. 475).

⁵⁷ S. BABY, *Le mythe de la transition pacifique. Violence et politique en Espagne (1975-1982)*, Madrid: Casa de Velázquez, 2012, pág. 422.

⁵⁸ Tusell (*op. cit.*) y la mayor parte de los autores que han estudiado la transición sitúan en 1982 la consolidación de la democracia, coincidiendo con la alternancia en el poder y la constitución del gobierno socialista. Pero tiene razón Baby al señalar que será en los años siguientes cuando se acometa la auténtica reforma del entramado institucional del Estado: la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se aprueba en el año 1986; solo un año antes se ha producido la reforma del poder judicial y, en 1984, la del Ejército. La reforma de estas tres instituciones es clave para situar el fin de la transición y el inicio del régimen democrático, que además coincide con el fin del terrorismo de Estado. El mínimo común denominador de las democracias consiste en la celebración de elecciones libres y la alternancia pacífica en el poder. Sin embargo, dicha democracia será «insuficiente» si no están presentes otros elementos, añaden Barahona de Brito et al. (*op. cit.*, págs. 60-61) refiriéndose en concreto a ciertas reformas institucionales: de la policía, de las fuerzas armadas y del sistema judicial.

⁵⁹ Para Molino y Mattei, citados por Aguilar Fernández, es un fenómeno común a las democracias surgidas en el sur de Europa (Italia, Grecia, Portugal y España): «el pasado está definitivamente superado. Los viejos franquistas conforman un grupo muy reducido. Además, con tan altos porcentajes de demócratas y neodemócratas no existen alternativas posibles a los presentes acuerdos democráticos. Los autoritarios no parecen constituir una amenaza en ningún sentido» (P. AGUILAR FERNÁNDEZ, «Justicia, política y memoria», *op. cit.*, pág. 190).

Desapariciones forzadas en el corazón de Europa: el caso de los vuelos secretos de la CIA

Que la desaparición forzada no sea una realidad exclusiva de las dictaduras ni de las graves situaciones de crisis nacional o internacional explica la existencia de la Convención de las Naciones Unidas y justifica la necesidad de que esta despliegue sin cortapisas su eficacia como instrumento preventivo de alcance auténticamente universal. Sin embargo, es preciso reconocer que buena parte de los Estados que hasta el momento lo han ratificado lo han hecho sin duda acuciados por su propio pasado. De hecho, la mayor parte de los Estados europeos y prácticamente la totalidad del mundo de influencia anglosajona no sienten la desaparición forzada como una realidad que les concierna y, por este motivo, tampoco ven la necesidad de adherirse a la Convención.

Nada más alejado de la realidad. La desaparición forzada no es un crimen del pasado ni es un fenómeno que no pueda darse en las democracias consolidadas. Es una realidad del presente que concierna a toda la comunidad internacional. Lo demuestra el caso de los vuelos secretos de la CIA, nombre con el que en España se conoce el programa de «entregas extraordinarias» (*extraordinary renditions*) que se desarrolló en Europa entre 2001 y 2005, en el marco de la guerra global contra el terrorismo emprendida por la administración Bush.⁶⁰ Un conjunto de secuestros, detenciones y traslados de personas detenidas que se encontraban privadas de la protección de la ley, en el que se vieron implicados hasta catorce Estados europeos⁶¹ y en el que se violaron sistemáticamente los derechos de las personas afectadas.

⁶⁰ En el discurso pronunciado en el Capitolio el 21 de diciembre de 2001, el presidente Bush anunció que la guerra global contra el terrorismo se había convertido en la primera prioridad de su administración. A partir de ese momento, el programa de «entregas extraordinarias» que se había iniciado bajo el mandato de Reagan y se habían mantenido durante la presidencia de Clinton se generalizará como un instrumento para la detención y traslado de sospechosos de delitos de terrorismo.

⁶¹ Sobre el programa de «entregas extraordinarias», véanse I. GUARDANS CAMBÓ, «Entregas extraordinarias, torturas y vuelos de la CIA», en A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García (coords.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 2009, págs. 47-72; A. MANGAS MARTÍN, «Evolución del respeto a los derechos humanos en la Unión Europea (teoría y práctica ante los nuevos desafíos del terrorismo)», *Agenda Internacional*, núm. 26, 2008, págs. 17-36; M. M. MARTÍN MARTÍNEZ, «Terrorismo y derechos humanos en la Unión Europea y en el Consejo de Europa: ¿marco de referencia mundial?», *Cursos de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz 2009*, 2010, págs. 412-413; J. SANTOS VARA, «El desafío de las “entregas extraordinarias” a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados europeos», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 59, 2007, págs. 175-196; y E. SALMÓN GÁRATE, «Las entregas extraordinarias y el acervo humanitario del derecho internacional: ¿abre la nueva Administración ame-

Como ha establecido el Informe del Parlamento Europeo, las «entregas extraordinarias» son una práctica extrajudicial que permitió que los sospechosos de terrorismo fueran secuestrados, entregados a los agentes de los Estados Unidos o trasladados al territorio de otros Estados, donde se los mantuvo incomunicados y donde generalmente se los torturó.⁶²

Es obvio que se trata de una práctica contraria al derecho internacional de los derechos humanos que, además, contraviene específicamente las obligaciones establecidas por la Convención para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.⁶³ Y es una realidad que, aunque en distinto grado, afectó a catorce Estados europeos: Rumanía y Polonia, que habrían permitido la existencia en su territorio de centros secretos de detención controlados por la CIA; Reino Unido, Suecia, Italia, Alemania, Macedonia, Bosnia y Turquía, que habrían participado en el secuestro y traslado de los presuntos terroristas; y en menor medida España, Irlanda, Chipre, Grecia y Portugal, que solo habrían prestado su espacio aéreo y sus aeropuertos.⁶⁴

Durante cuatro años, con el consentimiento o la pasividad de los Gobiernos de los Estados concernidos,⁶⁵ se llevaron a cabo las detenciones ilegales y los secuestros de centenares de personas, a las que se trasladó a la base de los

ricana alguna perspectiva de cambio?», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 21, 2009, págs. 227-263.

⁶² Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2006/2200 INI, párr. 36).

⁶³ Entre las prácticas prohibidas por la Convención se encuentra específicamente la detención en secreto (art. 17); se recoge expresamente la garantía del *non refoulement* (art. 16); y la sustracción de la persona detenida a la protección de la ley, con todas las garantías que esto implica, se integra en el núcleo de la misma definición del crimen de desaparición forzada (art. 2).

⁶⁴ M. M. MARTÍN MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 412-413.

⁶⁵ Para Guardans la realidad de los vuelos hace imposible pensar que todo se haya hecho sin la aceptación o pasividad voluntaria de los Estados afectados, que en algún caso resulta patente por la implicación directa de funcionarios del Estado en las detenciones, como Italia en la detención de Abu Omar y Alemania en el caso de El Nasri (GUARDANS CAMBÓ, *op. cit.*, págs. 70-71); de la misma opinión es la profesora Mangas: «Durante cuatro años y hasta diciembre de 2005 se realizaron, con el consentimiento o la pasividad de una quincena de Gobiernos europeos, las detenciones ilegales o secuestros de varias decenas de personas así como entregas extrajudiciales de personas acusadas de terrorismo islamista; además, se realizaron 1.245 vuelos gestionados por la CIA desde Guantánamo, Afganistán e Irak con aeronaves civiles (los vuelos civiles no precisan autorización según normas de OACI) y militares —datos minuciosos entregados por Eurocontrol que los informes estiman como prueba irrefutable— en los que se transportaban seres humanos utilizando el espacio aéreo y aeropuertos europeos (algunos españoles) hacia determinados países de Europa (nunca España) donde presuntamente se les aplicaban “técnicas avanzadas de interrogación” (eufemismo oficial para enmascarar la tortura)» (MANGAS MARTÍN, A., *op. cit.*, pág. 34). Además, resulta significativo que algunos Estados, como Francia, que públicamente se mostraron contrarios a la invasión de Irak, no se viesen implicados en esta práctica ilegal.

Estados Unidos en Guantánamo o al territorio de terceros Estados. Se realizaron 1.245 vuelos gestionados por la CIA utilizando el espacio aéreo y el territorio de los países europeos e incluso en algún caso los ilegalmente detenidos fueron interrogados en cárceles secretas situadas en Europa.

En el caso de España, cuyos medios de comunicación desempeñaron un papel relevante en el descubrimiento de estos hechos,⁶⁶ se produjeron 68 escalas en aeropuertos españoles por aviones operados por CIA que procedían de países vinculados a los circuitos de «entregas extraordinarias» o se dirigían a ellos, y, al igual que en otros Estados europeos, estas prácticas se han investigado judicialmente.⁶⁷

A pesar de su gravedad, estos hechos que comprometían a varios Estados —pues demostraban la existencia de una tupida red para la violación de los derechos humanos que no fue casual ni episódica— pasaron inadvertidos en el examen de España, de hecho el primer informe de un Estado miembro de la Convención que de algún modo se encontraba involucrado en el circuito de «entregas extraordinarias». Por el contrario, esta cuestión sí fue abordada por el comité en el examen del informe presentado por Alemania, lo cual dio lugar a una importante recomendación en sus observaciones finales.⁶⁸ Pero una actuación tan diferente a la hora de abordar el examen de los diferentes Estados es reveladora de la dificultad que representa para el comité gestionar los hechos del pasado.

⁶⁶ Señala Guardans que «todo empezó casi por casualidad. Unas fotos obtenidas por aficionados en el aeropuerto de Palma, un artículo en el *New Yorker*, una investigación del *Diario de Mallorca*, un eficaz trabajo de la Guardia Civil en Mallorca, y el *New York Times* que se hace eco de todo ello» (GUARDANS CAMBÓ, *op. cit.*, pág. 62).

⁶⁷ La Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2006/2200 INI) destaca «el trabajo serio y riguroso llevado a cabo por las autoridades judiciales de Italia, España y Portugal sobre las acusaciones realizadas en el marco del mandato de la Comisión Temporal, al tiempo que pide a las autoridades judiciales de otros Estados miembros que actúen de forma semejante» (párr. 15).

⁶⁸ Por un lado, el comité recuerda al Estado miembro la obligación de promover una investigación eficaz de toda entrega o traslado ilegal que se haya producido en su territorio y de exigir responsabilidades a las autoridades y oficiales, cualquiera que sea su nacionalidad, que de alguna forma hayan estado implicados. Por otro, recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias en relación con las políticas que puedan haber facilitado la violación de los derechos de las personas detenidas sustrayéndolas a la protección de la ley. Y, por último, recomienda que la cooperación con terceros Estados en la lucha contra el terrorismo se condicione al cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los convenios relativos a los derechos humanos (párr. 13).

A modo de conclusión: la gestión de los hechos del pasado por parte del comité, la abrogación de la ley de amnistía y la reparación de las víctimas

Según la ortodoxia de los convenios internacionales de derechos humanos, los responsables de las violaciones de estos derechos deben comparecer ante un tribunal y ser castigados de acuerdo con la gravedad de sus crímenes.⁶⁹ La impunidad es incompatible con la protección de los derechos humanos, y, desde esta óptica, el comité advierte a España en sus recomendaciones que la aplicación de la Ley de Amnistía es incompatible con la Convención de las Naciones Unidas. Pero, mientras que la Convención mira al futuro, la recomendación del comité se fija en el pasado y, al hacerlo, lo simplifica en un doble sentido: por un lado, lo reelabora seleccionando solo algunos hechos del pasado; por otro, hace diferencias al abordar el pasado de los diferentes Estados miembros.

Cuesta entender la razón por la que, en el diálogo con los miembros de la delegación española, el comité solo se ha interesado por las desapariciones ocurridas durante la Guerra Civil, menospreciando otros casos más recientes y no menos importantes. Si, conforme a la declaración interpretativa realizada por el comité sobre su competencia *ratione temporis*, la información relacionada con el pasado es útil como medio para comprender plenamente los retos del presente, parece que los mayores retos para el futuro no se encuentran en la aplicación de una amnistía que ya ha agotado sus efectos, pues es difícil imaginar que todavía viva algún responsable de las desapariciones que se produjeron hace más de setenta y cinco años.

Cuesta aún más comprender la forma tan lacónica con la que el comité se ha referido a los hechos del pasado en las observaciones finales al informe presentado por Alemania. Ninguna referencia al Holocausto ni a los campos de exterminio ni a la apropiación de niños. Solo una escueta mención en la que el comité se limita a «tomar nota» de la posición expresada por la representación

⁶⁹ Lo cierto es que la ortodoxia no siempre se corresponde con la realidad. R. A. Wilson reflexiona sobre la experiencia sudafricana, señalando que «en el contexto de una “justicia de transición” que se aparta de una legalidad autoritaria deforme, la justicia no se logra a través de procesos judiciales, sino que se llega a ella mediante concesiones de inmunidad para delitos que atentan contra los derechos humanos que se disfrazan de “justicia reconstituyente”. En esta situación, el lenguaje de los derechos humanos deja de ser una cuestión de principios para convertirse en objeto de pragmáticas concesiones políticas» (R. A. WILSON, «Justicia y legitimidad en la transición sudafricana», en Barahona de Brito et al., *op. cit.*, pág. 318).

del Estado miembro, en la que este reconoce que «no siempre se hizo justicia con las víctimas del régimen nazi» (párr. 24).⁷⁰

En la historia moderna ha habido tres oleadas de transición a la democracia.⁷¹ Tras la Segunda Guerra Mundial, la de Alemania, Italia y Japón. En los años setenta, la de los países del sur de Europa: Grecia, Portugal y España. Y, ya en la década de los ochenta, la de América Latina, para extenderse después a lo largo de los noventa a Europa del Este, África y Asia. Y es en esta última fase cuando comienzan a desarrollarse las políticas de «verdad y justicia» y cuando los derechos humanos se convierten en un lenguaje universal que proporciona un apoyo legal y político contra la impunidad.

⁷⁰ Ciertamente, no siempre se hizo justicia con las víctimas del régimen nazi. Los tribunales alemanes no comenzaron a juzgar los crímenes cometidos en la Alemania nazi hasta la década de los sesenta, coincidiendo con la captura de Eichmann, aunque para entonces la mayoría de los delitos habían prescrito. Las sentencias, sin embargo, fueron extraordinariamente benevolentes. Se refiere a ello H. Arendt en el arranque de su ensayo *Eichmann en Jerusalén*: «la captura de Eichmann iba a provocar el primer intento serio realizado por el Gobierno alemán en orden a someter a juicio por lo menos a aquellos ciudadanos que habían intervenido directamente en el asesinato de judíos. La Agencia Central de Investigación de Crímenes Nazis (fundada tardíamente en la Alemania Occidental, el año 1958), dirigida por el fiscal Erwin Schüle, había tropezado con todo género de dificultades en el desempeño de sus funciones, debido, en parte, a la renuencia de los alemanes a comparecer como testigos y, en parte, a la resistencia que los tribunales ofrecían a iniciar procedimientos basados en los datos recibidos de la Agencia Central. El juicio de Jerusalén no reveló nuevas pruebas importantes que pudieran conducir a la identificación de los colaboradores de Eichmann, pero la noticia de la sensacional captura de este y el juicio a que se lo iba a someter bastaron para inducir a los tribunales alemanes a iniciar actuaciones basándose en los hallazgos de la oficina dirigida por el fiscal Schüle, y a esforzarse por vencer la repugnancia que los ciudadanos alemanes sentían al testificar contra los criminales “que con nosotros conviven”, a cuyo fin las autoridades germanas emplearon el antiguo sistema de pegar carteles ofreciendo recompensas a quienes contribuyeran a la captura de criminales notorios.

»Los resultados fueron sorprendentes. Siete meses después de la llegada de Eichmann a Jerusalén —y cuatro antes de que se iniciara el juicio—, Richard Baer, sucesor de Rudolf Höss en el puesto de comandante de Auschwitz, era detenido. En rápida sucesión, casi todos los miembros del llamado “comando Eichmann” eran también arrestados, entre ellos Franz Novak, que vivía en Austria, dedicado al oficio de impresor; el doctor Otto Hunsche, que ejercía la abogacía en Alemania Occidental; Herman Krumei, que tenía una farmacia; Gustav Richter, ex “asesor de asuntos judíos” en Rumanía; y Willi Zöpf, quien ocupó en Ámsterdam el mismo puesto que el anterior desempeñó en Rumanía. Pese a que hacía ya años que en Alemania se habían publicado contra ellos abundantes acusaciones, con pruebas, en semanarios y libros, ninguno de los nombrados consideró necesario vivir bajo nombre supuesto. Por primera vez desde el inicio de la guerra, los periódicos alemanes publicaron abundantes reportajes sobre los juicios de criminales nazis, todos ellos asesinos de masas, y la renuncia de los tribunales a juzgar tales crímenes tan solo se manifestó en la fantástica benevolencia de las sentencias dictadas» (H. ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona: Lumen, 2012, págs. 29-30).

⁷¹ Una exposición detallada de los procesos de transición en J. ELSTER, *op. cit.*, págs. 65-96; también en BARAHONDA DE BRITO et al., *op. cit.*, págs. 31-40.

Proyectar hacia el pasado estas exigencias imponiendo una justicia retrospectiva cuando toda posibilidad de persecución penal ha desaparecido y cuando ni tan siquiera los hijos y los nietos de las víctimas piden el castigo de sus autores, sino solo una reparación moral y la implicación activa del Estado en la recuperación de los restos de sus familiares,⁷² es, simple y llanamente, un ejercicio inútil que cierra los ojos a la importancia que en tales políticas tienen los elementos históricos, a veces, como en el caso español, muy alejados en el tiempo.

Es cierto que hoy en día, en un clima internacional en el que la defensa de los derechos humanos se encuentra firmemente arraigada, el desarrollo de las políticas de «verdad y justicia» constituye una exigencia moral de primer orden. Pero, a la vez, es preciso reconocer que esta preocupación por la protección a ultranza de los derechos humanos en los procesos de transición no había llegado a desarrollarse en los años setenta, cuando se produjo la transición en España. Por ello no puede dejar de sorprender la irrupción de la memoria de las brutalidades de la Guerra Civil en los trabajos del comité. Reconstruir estos hechos, transcurridos más de setenta y cinco años, pertenece más al relato histórico que al discurso jurídico. El tiempo de los juicios ha pasado; ahora es el momento de reparar a las víctimas⁷³ y de recuperar el pasado, para elaborar nuevas identidades adaptadas a los valores actuales que eviten que la memoria del pasado siga siendo fuente de conflictos y animosidades sociales.⁷⁴

⁷² A. GIL GIL, *La justicia de transición en España*, *op. cit.*, pág. 147.

⁷³ La reparación de las víctimas en España presenta importantes déficits en lo moral, lo material y lo simbólico. En lo moral, en España no se han revisado las causas judiciales, incluidas las de los Consejos de Guerra (véase C. ARANGÜENA FANEGO, «La Ley de Memoria Histórica y sus limitaciones: una visión desde la óptica del derecho procesal», en Tamarit Sumalla (coord.), *op. cit.*, págs. 119-142); en lo material siempre ha existido el obstáculo de que las compensaciones a los represaliados de la dictadura terminasen beneficiando a los terroristas que recurrieron a la violencia para oponerse al franquismo (véase P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *Políticas de la memoria*, *op. cit.*, pág. 474); y, en lo simbólico, las medidas previstas por la Ley 52/2007 del 26 de diciembre, conocida como de la Ley de la Memoria Histórica, no se han aplicado en su totalidad. Señala Aguilar Fernández: «aún quedan muchas muertes por esclarecer y documentar, fosas por exhumar, símbolos del pasado que perpetúan la discriminación de los vencidos y miles de procesos injustos que la ley de reparación no declara cancelados» (P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *Políticas de la memoria*, *op. cit.*, pág. 475).

⁷⁴ Sobre la necesidad de establecer vínculos entre la memoria personal y colectiva, reinterpretando el pasado y estableciendo «hitos de la memoria» que reafirmen los valores democráticos, véase BARAHONA DE BRITO et al., *op. cit.*, págs. 66-70.

Las desapariciones forzadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Javier Chinchón Álvarez

Dentro del marco general que establece el artículo 1^o del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), la desaparición forzada de personas ha sido abordada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en conexión con lo dispuesto principalmente² en los artículos 2,³ 3,⁴ 5⁵ y 13;⁶ respecto a los primeros, tanto

* Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación DER2012-36142 (Universidad Carlos III de Madrid), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

¹ «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.»

² En bastantes demandas relativas a desapariciones forzadas se ha invocado la violación de otras disposiciones del CEDH, como por ejemplo el artículo 6 —derecho a un proceso equitativo—, el 14 —prohibición de la discriminación— o el derecho al respeto de la vida privada y familiar contenido en el artículo 8. Respecto a este último, en la dimensión más interesante, esto es, la propia de la vida familiar, el TEDH generalmente ha mantenido que, una vez examinado el caso desde la perspectiva de los artículos 2, 3 o 5 del CEDH, no era necesario manifestarse respecto a lo recogido en el artículo 8 (tampoco en cuanto a las otras disposiciones referidas); posición general que ejemplificaremos *infra* a través del caso *Varnava y otros vs. Turquía*. Un enfoque interesante y parcialmente diferente puede encontrarse en el caso *Uçar vs. Turquía*, solicitud núm. 52392/99, sentencia del 11 de abril de 2006, párrs. 130-141.

³ «1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.»

⁴ «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»

⁵ «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente. b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley. c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. d) Si se

en su dimensión sustantiva como procesal, por utilizar la terminología al uso ya asentada a partir de la decisión de la Gran Sala en el caso *McCann y otros vs. Reino Unido*.⁷ Más allá de las singularidades propias del CEDH, la pluralidad de disposiciones referidas no ha de resultar llamativa de un modo especial, ya que, como es ampliamente conocido y reconocido, la desaparición forzada es un hecho pluriofensivo que, tal como especifica la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, «[c]onstituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro».⁸ Dicho de otro modo, precisamente el de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «disappearances are a flagrant violation of a whole range of human rights recognised in the international instruments on the protection of human rights (Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, European Convention on Human Rights), in particular the right to life, liberty and security of persons, the right not to be

trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente. e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo. f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio. 4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. 5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.»

⁶ «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.»

⁷ Caso *McCann y otros vs. Reino Unido*, solicitud núm. 18984/91, sentencia del 27 de septiembre de 1995.

⁸ Artículo 1.2 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992, Documento de las Naciones Unidas: A/RES/47/133.

subjected to torture, freedom from arbitrary arrest or detention, and the right to a fair and public trial».⁹

En realidad, lo que posiblemente pueda llamar más la atención es el modo en que el TEDH ha ido estableciendo la elaboración, encaje y calificación jurídicas de la desaparición forzada a lo largo de su jurisprudencia; desarrollo en el que, en un proceso con muestras muy evidentes de lo que se conoce como fertilización cruzada, ha sido sin duda un hito fundamental la decisión de la Gran Sala en el caso *Varnava y otros vs. Turquía*,¹⁰ en la que además se ofreció por vez primera una completa definición de la desaparición forzada de personas. De hecho, la doctrina sentada en aquella sentencia puede estimarse —para bien o para mal— como la actualmente vigente en el sistema europeo de protección de derechos humanos; sin perjuicio de lo que finalmente apuntaremos al hilo del caso *Janowiec y otros vs. Rusia* (sentencias de Sala¹¹ y de Gran Sala).¹² En consecuencia, a este desarrollo y evolución dedicaremos el espacio disponible en esta oportunidad.

Al respecto, la primera referencia ineludible es el caso *Kurt vs. Turquía*,¹³ en el que se alegaba la desaparición de Üzeyir Kurt, hijo de la demandante, durante una «operación antiterrorista» en el pueblo de Ağıllı a fines de noviembre de 1993. En lo que aquí ocupa, la demandante sostenía que se habían violado los artículos 2, 3, 5 y 13 del CEDH. Frente a ello, el TEDH centró su atención de manera prácticamente exclusiva —y excluyente— en lo dispuesto en el artículo 5, en tanto que sostuvo entonces que no existían auténticas pruebas que permitieran acreditar que el hijo de la demandante hubiera sido torturado o ejecutado mientras estaba detenido; de tal suerte que, en sus palabras, «the Court is of the opinion that the applicant's assertions that the respondent State failed in its obligation to protect her son's life in the circumstances described fall to

⁹ «las desapariciones son una violación flagrante de una amplia gama de derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos), en particular, del derecho a la vida, la libertad y la seguridad personales, el derecho de no ser sometido a tortura, la prohibición de la detención o arresto arbitrarios, y el derecho a un juicio justo y público» (Resolución 828 [1984] de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 26 de septiembre de 1984, párr. 4).

¹⁰ Caso *Varnava y otros vs. Turquía*, solicitudes núms. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, sentencia del 18 de septiembre de 2009.

¹¹ Caso *Janowiec y otros vs. Rusia*, solicitudes núms. 55508/07 y 29520/09, sentencia del 16 de abril de 2012.

¹² *Ídem*, sentencia del 21 de octubre de 2013.

¹³ Caso *Kurt vs. Turquía*, solicitud núm. 24276/94, sentencia del 25 de mayo de 1998.

be assessed from the standpoint of Article 5 of the Convention».¹⁴ Así, el tribunal terminaría configurando la desaparición forzada de personas como una suerte de detención arbitraria especialmente grave, y para lo que aquí nos concierne resultan clave los siguientes dos párrafos:

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

[...] the Court concludes that the authorities have failed to offer any credible and substantiated explanation for the whereabouts and fate of the applicant's son after he was detained in the village and that no meaningful investigation was conducted into the applicant's insistence that he was in detention and that she was concerned for his life. They have failed to discharge their responsibility to account for him and it must be accepted that he has been held in unacknowledged detention in the complete absence of the safeguards contained in Article 5.¹⁵

Consecuencia de lo anterior fue también la conclusión de que había existido una violación del artículo 13 del CEDH,¹⁶ una decisión en que el TEDH

¹⁴ «el Tribunal es de la opinión de que las afirmaciones de la demandante de que el Estado demandado incumplió su obligación de proteger la vida de su hijo en las circunstancias descritas deben evaluarse a la luz del artículo 5 de la Convención» (*idem*, párr. 109). En el párr. 117, la fórmula respecto al artículo 3 es idéntica.

¹⁵ «El Tribunal subraya a este respecto que la detención no reconocida de un individuo es una completa negación de estas garantías y una violación muy grave del artículo 5. Habiendo asumido el control sobre ese individuo, corresponde a las autoridades dar cuenta de su paradero. Por esta razón, debe considerarse que el artículo 5 exige a las autoridades que tomen medidas efectivas de protección contra el riesgo de desaparición y que lleven a cabo una pronta y eficaz investigación ante la verosímil reclamación de que una persona ha sido detenida y no ha vuelto a ser vista desde entonces. [...] el Tribunal concluye que las autoridades no han podido ofrecer una explicación creíble y justificada respecto al paradero y destino del hijo de la demandante después de que fue detenido en el pueblo, y que no se llevó a cabo ninguna investigación significativa ante la insistencia de la demandante de que su hijo había sido detenido y que temía por su vida. Las autoridades han incumplido su responsabilidad de dar cuenta de él y debe aceptarse que se lo sometió a una detención no reconocida en ausencia completa de las garantías contenidas en el artículo 5» (*idem*, párrs. 125 y 128).

¹⁶ En concreto: «Accordingly, in view in particular of the lack of any meaningful investigation, the Court finds that the applicant was denied an effective remedy in respect of her complaint that her son had disappeared in circumstances engaging the responsibility of the authorities. There has therefore been a violation of Article 13» (*idem*, párr. 142).

también indicó algo que después desarrollaría en mayor detalle; a saber: que la prolongada angustia y sufrimiento padecidos por la demandante, madre del desaparecido, supuso además una violación del artículo 3 del CEDH respecto a esta.¹⁷

En lo sustantivo, esta primera elaboración del TEDH se mantendría inalterada en las inmediatas decisiones posteriores de los casos *Çakici vs. Turquía*¹⁸ y *Ertak vs. Turquía*;¹⁹ en los que, aunque sí se apreció violación del artículo 2 —y el 3 en el caso *Çakici*—, la razón de ello no fue un cambio de criterio jurisprudencial, sino las diferencias en los elementos de prueba con respecto al caso *Kurt*.²⁰ De hecho, en *Çakici* la Gran Sala tuvo el cuidado de subrayarlo en los siguientes términos: «[t]his case is therefore to be distinguished from the Kurt case [...], in which the Court examined the applicant's complaints about the disappearance of her son under Article 5. In the Kurt case, although the applicant's son had been taken into detention, no other elements of evidence existed as regarded his treatment or fate subsequent to that».²¹ Por otra parte, también en el caso *Çakici* quedó establecida una serie de criterios específicos que permiten determinar si respecto a los familiares del desaparecido ha existido también una violación del artículo 3 del CEDH; criterios que prácticamente se han mantenido desde entonces y hasta la actualidad, y que podemos resumir en la concurrencia de circunstancias como: un estrecho e intenso grado de parentesco familiar, el haber presenciado la desaparición forzada, así como haber demandado información sobre la suerte del desaparecido, y sin-

¹⁷ *Idem*, párrs. 130-134.

¹⁸ Caso *Çakici vs. Turquía*, solicitud núm. 23657/94, sentencia del 8 de julio de 1999.

¹⁹ Caso *Ertak vs. Turquía*, solicitud núm. 20764/92, sentencia del 9 de mayo de 2000.

²⁰ En el caso *Çakici vs. Turquía*, como resumen: «[t]he Court has accepted above the Commission's establishment of the facts in this case, namely, that Ahmet Çakıcı was the victim of an unacknowledged detention and serious ill-treatment. As the Commission pointed out, very strong inferences may be drawn from the authorities' claim that his identity card was found on the body of a dead terrorist. The Court finds on this basis that there is sufficient circumstantial evidence, based on concrete elements, on which it may be concluded beyond reasonable doubt that Ahmet Çakıcı died following his apprehension and detention by the security forces» (párr. 85). Para más datos, véanse párrafos 81-93. En *Ertak vs. Turquía*, como resumen: «[i]n the light of the fact that the Court has endorsed the Commission's findings regarding the unacknowledged detention of the applicant's son, the ill-treatment to which he was subjected and his disappearance in circumstances from which it could be presumed that he was now dead, the above considerations must apply *mutatis mutandis* to the instant case. It follows that the authorities were under an obligation to conduct an effective and thorough inquiry into the disappearance of the applicant's son» (párr. 135). En mayor detalle, párrafos 123-135.

²¹ «este caso debe por tanto distinguirse del caso de Kurt [...], en el cual el Tribunal examinó las quejas de la demandante sobre la desaparición de su hijo de acuerdo con el artículo 5. En el caso de Kurt, aunque el hijo de la demandante había sido detenido, no existía ningún otro elemento de prueba respecto al trato que recibió ni a su posterior destino» (caso *Çakici vs. Turquía*, párr. 85).

gularmente la ausencia de reacción o respuesta y la actitud consiguiente de las autoridades estatales competentes ante tal demanda.²² A ello cabrá agregar algunas adiciones posteriores, como las relativas a los supuestos en que tras la desaparición se produce el descubrimiento del cadáver, en los que se ha valorado también el tiempo transcurrido hasta la aparición del cuerpo,²³ en función incluso de si se recuperaron total o parcialmente los restos de la persona desaparecida.²⁴

²² Caso *Çakici vs. Turquía*, párr. 98.

²³ A modo de ejemplo ilustrativo, en el caso *Gongadze vs. Ucrania*, se sostuvo: «[i]n the instant case the Court notes that the applicant's husband disappeared in September 2000 and that, according to the applicant, it was only in March 2003 that she received convincing information that the decapitated body that had been found in Tarashcha in November 2000 was that of her husband. In the meantime, the applicant had received numerous contradictory statements from the authorities about his fate. In particular, in December 2000 the Prosecutor General announced that the Tarashcha corpse was not Mr Gongadze; on 10 January 2001 the Prosecutor General publicly announced that it was highly probable that the corpse was Mr Gongadze and, at the same time, announced that there were witnesses who had seen Mr Gongadze alive after his disappearance; three days later the GPO informed the applicant that there was no evidence that the corpse was Mr Gongadze; and a fortnight later the applicant was recognised as an aggrieved party because there was enough evidence to believe that the Tarashcha corpse was that of her late husband. This situation of uncertainty continued, with the result that, having raised doubts as to the identity of the Tarashcha corpse, and therefore the fate of the applicant's husband, the State authorities at the same time constantly refused to grant the applicant full access to the relevant material in the case file. Only in August 2005 was the applicant allowed access to the file. In September 2005 the GPO announced that the latest DNA test conducted in Germany proved that the body found in Tarashcha was that of the applicant's husband. 186. The Court finds that the attitude of the investigating authorities towards the applicant and her family clearly caused her serious suffering which amounted to degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention. It concludes, therefore, that there has been a violation of this provision» (caso *Gongadze vs. Ucrania*, solicitud núm. 34056/02, sentencia del 8 de noviembre de 2005, párrs. 185-186).

²⁴ Al respecto, en el caso *Khadzhaliyev y otros vs. Rusia*, se argumentó como sigue: «The Court observes that Ramzan and Rizvan Khadzhaliyev were abducted on 15 December 2002. Their remains were found on 19 December 2002, that is, four days later. The Court is not persuaded that in the present case there was a distinct long-lasting period during which the applicants sustained uncertainty, anguish and distress characteristic to the specific phenomenon of disappearances [...]. Nonetheless, in order to decide whether there has been a violation of Article 3 of the Convention in respect of the applicants, the Court deems it necessary to pay attention to the following. Ramzan and Rizvan Khadzhaliyev's corpses were dismembered and decapitated. Only some of their fragments were discovered, while the missing parts have not been found to date. For almost six years the applicants have been unable to bury the dead bodies of their loved ones in a proper manner, which in itself must have caused their profound and continuous anguish and distress. The Court thus considers in the specific circumstances of this case the moral suffering endured by the applicants has reached a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of a victim of a serious human-rights violation [...]. 122. In view of the above, the Court finds that there has been a breach of Article 3 of the Convention in respect of the applicants» (caso *Khadzhaliyev y otros vs. Rusia*, solicitud núm. 3013/04, sentencia del 6 de noviembre de 2008, párrs. 121-122).

No obstante, sin haber transcurrido ni un año desde la sentencia del caso *Çakici*, el TEDH daría un paso ciertamente significativo en *Timurtas vs. Turquía*,²⁵ en el que, al tiempo que dijo mantenerse dentro de lo establecido en *Kurt*, en realidad dio un giro al modo de entender el sentido y contenido del artículo 2 del CEDH. En concreto se afirmó entonces:

There are also a number of elements distinguishing the present case from the Kurt case, in which the Court held that there were insufficient persuasive indications that the applicant's son had met his death in custody [...]. In the first place, six and a half years have now elapsed since Abdulvahap Timurtaş was apprehended and detained — a period markedly longer than the four and a half years between the taking into detention of the applicant's son and the Court's judgment in the Kurt case. Furthermore, whereas Üzeyir Kurt was last seen surrounded by soldiers in his village, it has been established in the present case that Abdulvahap Timurtaş was taken to a place of detention — first at Silopi, then at Şırnak — by authorities for whom the State is responsible. Finally, there were few elements in the Kurt case file identifying Üzeyir Kurt as a person under suspicion by the authorities, whereas the facts of the present case leave no doubt that Abdulvahap Timurtaş was wanted by the authorities for his alleged PKK activities [...]. In the general context of the situation in south-east Turkey in 1993, it can by no means be excluded that an unacknowledged detention of such a person would be life-threatening.²⁶

De este modo, factores como el tiempo transcurrido, el porqué y cómo de su detención, así como el «contexto general» de los hechos en cuestión, literalmente «gives rise to issues which go beyond a mere irregular detention in violation of Article 5. Such an interpretation is in keeping with the effective protec-

²⁵ Caso *Timurtas vs. Turquía*, solicitud núm. 25531/94, sentencia del 13 de junio de 2000.

²⁶ «También hay varios elementos que distinguen el caso presente del caso de Kurt, en el cual el Tribunal mantuvo que no había pruebas suficientes para concluir que el hijo de la demandante hubiera muerto durante su detención [...]. En primer lugar, han pasado seis años y medio desde que Abdulvahap Timurtaş fue arrestado y detenido, un periodo mucho más largo que los cuatro años y medio transcurridos entre la detención del hijo de la demandante y la decisión del Tribunal en el caso de Kurt. Además, mientras que Üzeyir Kurt fue visto por última vez rodeado por soldados en su pueblo, en el caso presente se ha establecido que Abdulvahap Timurtaş fue llevado a un lugar de detención —primero en Silopi, luego en Şırnak— por agentes de cuya conducta el Estado es responsable. Finalmente, había pocos elementos en el caso de Kurt que identificasen a Üzeyir Kurt como una persona considerada sospechosa por las autoridades, mientras que los hechos del presente caso no dejan duda de que Abdulvahap Timurtaş era buscado por las autoridades por sus presuntas actividades en el PKK [...]. En el contexto general de la situación del sudeste de Turquía en 1993, no se puede excluir de ningún modo que una detención no reconocida de tal persona supusiera una amenaza para su vida» (*idem*, párr. 85).

tion of the right to life as afforded by Article 2, which ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention». ²⁷ Así las cosas, la conclusión que cabe extraer no es que para el TEDH una desaparición forzada no suponga una violación particularmente grave del derecho a la libertad y seguridad personales garantizado por el artículo 5 del CEDH, ²⁸ sino que, con esos nuevos criterios ciertamente más flexibles, conllevará además una amenaza para la vida (violación del artículo 2, tanto en su dimensión sustantiva como procesal). ²⁹ Respecto a esto último, se expresa en los siguientes términos específicos: «the Court finds that the investigation carried out into the disappearance of the applicant's son was inadequate and therefore in breach of the State's procedural obligations to protect the right to life. There has accordingly been a violation of Article 2 of the Convention on this account also». ³⁰

Esta configuración se vería inmediatamente ratificada en múltiples decisiones posteriores, como los casos *Taş vs. Turquía*, ³¹ *Çiçek vs. Turquía*, ³² *Orhan vs. Turquía*, ³³ *İpek vs. Turquía*, ³⁴ *Akdeniz vs. Turquía* ³⁵ o *Imakayeva vs. Rusia*. ³⁶ Ahora bien, llegado 2006 comenzó a tomar cuerpo un nuevo enfoque general acerca del contenido del artículo 2 del CEDH ³⁷ sobre la obligación procesal de investigar, que tendría un momento clave en la posterior decisión de la Gran Sala en el caso *Šilih vs. Eslovaquia*, ³⁸ a la vez que el citado caso *Varnava* daría un nuevo contenido final a lo que ya había apuntado en un caso resuelto en mayo de 2001 —que, precisamente por ello, hemos omitido en la enumeración an-

²⁷ «da lugar a cuestiones que van más allá de una mera detención irregular en violación del artículo 5. Tal interpretación es acorde con la protección efectiva del derecho a la vida establecida en el artículo 2, que supone una de las disposiciones fundamentales de la Convención» (*idem*, párr. 83).

²⁸ *Idem*, párr. 106.

²⁹ *Idem*, párrs. 86 y 90.

³⁰ «el Tribunal concluye que la investigación realizada de la desaparición del hijo de la demandante fue inadecuada y por lo tanto supuso el incumplimiento de las obligaciones procesales del Estado respecto al derecho a la vida. Hubo en consecuencia una violación del artículo 2 de la Convención también en esta dimensión» (*idem*, párr. 90).

³¹ Caso *Taş vs. Turquía*, solicitud núm. 24396/94, sentencia del 14 de noviembre de 2000.

³² Caso *Çiçek vs. Turquía*, solicitud núm. 25704/94, sentencia del 27 de febrero de 2001.

³³ Caso *Orhan vs. Turquía*, solicitud núm. 25656/94, sentencia del 18 de julio de 2002.

³⁴ Caso *İpek vs. Turquía*, solicitud núm. 25760/94, sentencia del 17 de febrero de 2004.

³⁵ Caso *Akdeniz vs. Turquía*, solicitud núm. 25165/94, sentencia del 31 de mayo de 2005.

³⁶ Caso *Imakayeva vs. Rusia*, solicitud núm. 7615/02, sentencia del 9 de noviembre de 2006.

³⁷ Sin poder remontarnos al conjunto de referencias posibles, que de hecho nos habría de llevar como mínimo hasta el caso *De Becker vs. Bélgica* (solicitud núm. 214/56, decisión sobre admisibilidad del 9 de junio de 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Right 1958-1959*), en lo aquí apuntado véase caso *Blečić vs. Croacia*, solicitud núm. 59532/00, sentencia del 8 de marzo de 2006, en especial párrs. 77-92.

³⁸ Caso *Šilih vs. Eslovenia*, solicitud núm. 71463/01, sentencia del 9 de abril de 2009.

terior—. En efecto, en el caso *Chipre vs. Turquía*,³⁹ el TEDH señala que, aunque no hubiera pruebas de que una persona desaparecida haya sido ejecutada, la obligación procesal del artículo 2 del CEDH también se activa cuando un individuo fue visto por última vez bajo custodia de agentes del Estado y posteriormente desapareció en el marco de un contexto que puede entenderse como de peligro para su vida,⁴⁰ tras lo cual utiliza en varias oportunidades una fórmula que ejemplificaremos con esta cita: «the Court concludes that there has been a *continuing violation* of Article 2 on account of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation aimed at clarifying the whereabouts and fate of Greek-Cypriot missing persons who disappeared in life-threatening circumstances».⁴¹

Llegados así al año 2009, y también en un caso en el que la desaparición forzada había comenzado antes de la fecha crítica,⁴² la Gran Sala confirmó tanto la (indiscutible) naturaleza de la desaparición forzada como hecho internacionalmente ilícito continuado que es, como el carácter autónomo, independiente y continuado de la obligación procesal de investigar del artículo 2, a través de una argumentación que en lo que aquí nos ocupa ha de reproducirse:

The Court would emphasise that, as found in *Šilih* [...] concerning the procedural obligation under Article 2 to investigate unlawful or suspicious deaths, the procedural obligation under Article 2 arising from disappearances operates independently of the substantive obligation. It notes that the IACHR, and to some extent the HRC, apply the same approach to the procedural aspect of disappear-

³⁹ Caso *Chipre vs. Turquía*, solicitud núm. 25781/94, sentencia del 10 de mayo de 2001.

⁴⁰ *Ídem*, párr. 132.

⁴¹ «el Tribunal concluye que ha habido una *violación continuada* del artículo 2 por la negativa de las autoridades del Estado demandado a llevar a cabo una investigación efectiva para esclarecer el paradero y destino de los desaparecidos grecochipriotas, que desaparecieron en circunstancias que suponían una amenaza para su vida» (*idem*, párr. 136; la cursiva es nuestra).

⁴² En lo que aquí nos ocupa, con el concepto general de «fecha crítica» (*the critical date*) nos referimos a la dimensión utilizada por el mismo TEDH, esto es, «the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party or, as the case may be, prior to the entry into force of Protocol 11, before the date on which the respondent Party recognized the right of individual petition, when this recognition was still optional» (caso *Šilih vs. Eslovenia*, párr. 140). En relación con el caso *Varnava*, los hechos se referían a la desaparición forzada de varias personas durante una operación del ejército turco en el norte de Chipre en los meses de julio y agosto de 1974. El 18 de mayo de 1954 Turquía había manifestado su consentimiento a obligarse por el CEDH, pero no fue hasta el 28 de enero de 1987 cuando aceptaría la competencia (entonces de la Comisión) respecto a demandas individuales.

ances [...], examining allegations of denial of justice or judicial protection even where the disappearance occurred before recognition of its jurisdiction.

148. There is, however, an important distinction to be drawn in the Court's case-law between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance. A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred [...]. This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an «instantaneous» act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation [...]. This is so, even where death may, eventually, be presumed.⁴³

En un orden de ideas paralelo, el TEDH subrayó también que, tratándose de una desaparición forzada, esta obligación procesal de investigar no puede finalizar con el mero descubrimiento del cuerpo o la presunción de la muerte, ya que ello solo esclarece un aspecto de la suerte de la persona desaparecida; en consecuencia, subsiste la obligación de explicar la desaparición, así como de identificar y perseguir a sus posibles autores.⁴⁴ Asimismo especificó que, «even though a lapse of over thirty-four years without any news of the missing per-

⁴³ «El Tribunal enfatiza que, con base en lo mantenido en Šilih respecto de la obligación procesal según el artículo 2 de investigar muertes ilegales o sospechosas, la obligación procesal según el artículo 2 en lo que se refiere a las desapariciones opera de manera independiente de la obligación sustantiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y, hasta cierto punto, el Comité de Derechos Humanos aplican el mismo enfoque al aspecto procesal de las desapariciones [...] cuando examinan alegaciones de denegación de justicia o falta de protección judicial incluso cuando la desaparición ocurrió antes del reconocimiento de su jurisdicción. Hay, no obstante, una importante diferencia que debe extraerse de la jurisprudencia del Tribunal entre la obligación de investigar cuando existe la sospecha de una muerte y la obligación de investigar cuando existe la sospecha de una desaparición. Una desaparición es un fenómeno definido, caracterizado por una situación continuada de incertidumbre y de falta de responsabilidad en la que se da una falta de información o incluso una ocultación o tergiversación deliberada de lo ocurrido [...]. Esta situación se suele extender en el tiempo, lo cual prolonga el tormento de los familiares de la víctima. Por ello, no puede decirse que una desaparición es, simplemente, un acto o suceso instantáneo; el elemento adicional y distintivo de la posterior falta de información sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida da lugar a una situación continuada. Por tanto, la obligación procesal persiste, en potencia, mientras no se aclare la suerte de la persona; la persistente ausencia de investigación debida se considerará una violación continuada [...]. Esto es así, incluso cuando finalmente pudiera presumirse la muerte» (caso *Varnava y otros vs. Turquía*, párrs. 147-148).

⁴⁴ *Ídem*, párr. 145.

sons may provide strong circumstantial evidence that they have died meanwhile, this does not remove the procedural obligation to investigate». ⁴⁵

Así las cosas, si en *Kurt* la atención prioritaria —prácticamente exclusiva— consideraba las desapariciones forzadas a la luz del artículo 5 del CEDH, tal como hemos visto, sin lugar a duda ya en *Varnava* —y hasta la fecha— la referencia principal será lo dispuesto en el artículo 2, en el sentido y contenido ya explicitados. De hecho, en lo que se refiere al derecho a la libertad y seguridad personales, el razonamiento del tribunal fue el que sigue:

The Court notes that it has found above that there was a prima facie or arguable case that two of the men were last seen in circumstances falling within the control of the Turkish or Turkish Cypriot forces, namely, Eleftherios Thoma and Savvas Hadjipanteli who were included on ICRC lists as detainees [...]. They have not been seen since. However, the Turkish authorities have not acknowledged their detention; they have not provided any documentary evidence giving official trace of their movements. The Court notes the patent disregard of the procedural safeguards applicable to the detention of persons. While there is no evidence that any of the missing persons were still in detention in the period under the Court's consideration, it remains incumbent on the Turkish Government to show that they have since carried out an effective investigation into the arguable claim that the two missing men had been taken into custody and not seen subsequently [...]. The Court's findings above in relation to Article 2 leave no doubt that the authorities *have also failed to conduct the requisite investigation in that regard. This discloses a continuing violation of Article 5.* ⁴⁶

⁴⁵ «aun cuando el transcurso de más de 34 años sin ninguna noticia de las personas desaparecidas suponga una prueba circunstancial importante de que las personas pueden haber muerto, esto no elimina la obligación procesal de investigar» (*idem*, párr. 146).

⁴⁶ «El Tribunal hace notar que ha encontrado anteriormente un caso en que *prima facie* dos de los hombres fueron vistos por última vez en circunstancias bajo el control de las fuerzas turcas o turcochipriotas, a saber, Eleftherios Thoma y Savvas Hadjipanteli, a quienes se incluyó como detenidos en las listas del Comité Internacional de la Cruz Roja [...]. Desde entonces no se los ha vuelto a ver. Sin embargo, las autoridades turcas no han reconocido su detención; no han proporcionado ninguna prueba documental sobre el seguimiento oficial de sus movimientos. El tribunal observa la patente desatención a las garantías procesales aplicables a la detención de personas. Aunque no hay ninguna prueba de que alguno de los desaparecidos continuara detenido en el periodo considerado por el Tribunal, persiste la obligación del gobierno turco de demostrar que ha realizado desde entonces una investigación eficaz sobre la verosímil alegación de que los dos hombres desaparecidos fueron detenidos y no se los ha vuelto a ver [...]. Los hallazgos y conclusiones anteriores del Tribunal en relación con el artículo 2 no dejan ninguna duda de que *las autoridades no han llevado a cabo la investigación necesaria a ese respecto. Esto revela una violación continuada del artículo 5*» (*idem*, párr. 208; la cursiva es nuestra).

Respecto al artículo 3 del CEDH, y tras destacar que el fenómeno de las desapariciones forzadas impone una carga particular para los familiares de la persona desaparecida, que se mantienen en la ignorancia de la suerte de su ser querido y sufren la angustia de la incertidumbre,⁴⁷ el TEDH no se separó de lo que ya hemos expuesto.⁴⁸ En lo relativo al resto de los artículos invocados, indicó lo siguiente:

The applicants originally relied on Articles 4 (prohibition of slavery and forced labour), 6 (right to fair trial), 8 (right to respect for family and private life), 10 (freedom of expression), 12 (the right to marry and found a family), 13 (effective remedy for arguable Convention breaches) and 14 (prohibition of discrimination in enjoyment of Convention rights). In their most recent submissions, they have maintained their complaints on the above, save for Article 4.

211. Having regard to the facts of the case, the submissions of the parties and its findings under Articles 2, 3 and 5 of the Convention, the Court considers that it has examined the main legal questions raised in the present application and that there is no need to give a separate ruling on the applicants' remaining complaints.⁴⁹

Inciendiendo pues especialmente en el artículo 2 del CEDH, si en lo sustantivo la definición general y caracterización concreta que hemos resumido es a mi entender acertada, ello se acompañó de una elaboración adicional respecto a la competencia temporal del TEDH que, por el contrario, a mi juicio no puede compartirse. En efecto, aunque el tribunal recordó que el plazo previsto en el artículo 35.1 del CEDH⁵⁰ no es aplicable a los hechos continuados en tanto que el cómputo de los seis meses solo comienza a correr cuando la situación cesa⁵¹ —como, sin ir más lejos, había sostenido la misma Comisión Euro-

⁴⁷ *Ídem*, párr. 200.

⁴⁸ *Ídem*, párrs. 200-202.

⁴⁹ «Los demandante alegaron originalmente la violación de los artículos 4 (prohibición de la esclavitud y trabajos forzados), 6 (derecho a un juicio justo), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión), 12 (derecho a casarse y fundar una familia), 13 (derecho a un recurso efectivo por violaciones de la Convención) y 14 (prohibición de discriminación). En sus presentaciones más recientes han mantenido sus quejas sobre lo anterior, excepto respecto del artículo 4. 211. Teniendo en cuenta los hechos del caso, lo mantenido por las partes y las conclusiones según los artículos 2, 3 y 5 de la Convención, el tribunal considera que ha examinado las principales cuestiones jurídicas planteadas en la presente demanda y que no hay necesidad de ofrecer una decisión independiente acerca de las reclamaciones restantes de los demandantes» (*idem*, párrs. 210-211).

⁵⁰ «Al tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.»

⁵¹ *Ídem*, párr. 159.

pea de Derechos Humanos en el caso *Chipre vs. Turquía*—,⁵² a renglón seguido señaló que «where disappearances are concerned, applicants cannot wait indefinitely before coming to Strasbourg. They must make proof of a *certain amount of diligence* and initiative and introduce their complaints without *undue delay*».⁵³ Y, en atención a ello, concluyó que una demanda debe ser rechazada por extemporánea cuando ha habido un excesivo retraso por parte de los demandantes una vez que han tenido conocimiento, o debido tener conocimiento, de que no se había iniciado una investigación o que la investigación estaba inactiva o había llegado a ser ineficaz.⁵⁴

En consecuencia, la cuestión inmediata podría resumirse en cuándo puede afirmarse que ha llegado el momento en que los familiares debieron darse cuenta de que no había ni habrá una investigación efectiva. Sobre ello, el TEDH sostiene que en situaciones complejas, como la del caso —contexto de un conflicto internacional, en las que se alega que ni se está llevando a cabo ninguna investigación ni existen verdaderos contactos con las autoridades—, cabe esperar que los familiares presenten la demanda, como mucho, «several years» después del inicio de la desaparición.⁵⁵ Sin embargo, si se ha producido algún tipo de investigación, aunque sea de forma esporádica, los familiares pueden razonablemente esperar «some years longer» hasta que las esperanzas de progreso de la investigación hayan desaparecido completamente.⁵⁶ Pero, de cualquier modo, cuando hayan transcurrido «more than ten years»⁵⁷ los demandantes generalmente tendrán que demostrar que se había alcanzado algún avance concreto que justifique un mayor «retraso» en acudir al TEDH. Esta última cifra es lo que el juez Sajó, en su voto concurrente en el caso *Er y otros vs. Turquía*, denominó —a mi entender, con acierto— la «cifra mágica» de los diez años,⁵⁸ cuyo sustento, así como el de todo lo anterior, creo que solo cabe situar en cierta consideración acerca de lo que se entiende como el funcionamiento práctico

⁵² En concreto: «the Commission reiterates its findings in the decision on the admissibility of Application No. 8007/77 according to which, on the one hand, in the absence of remedies, the six months period must be counted as from the act or decision which is alleged to be in violation of the Convention, but on the other hand, it does not apply to a permanent state of affairs which is still continuing». Decisión sobre admisibilidad de la Comisión Europea del 28 de junio de 1996, solicitud núm. 25781/94, págs. 60-61.

⁵³ «en casos de desaparición forzada los demandantes no pueden esperar indefinidamente antes de acudir a Estrasburgo. Deben demostrar *cierta diligencia e iniciativa* y presentar sus demandas sin *dilación indebida*» (caso *Varnava y otros vs. Turquía*, párr. 161; la cursiva es nuestra).

⁵⁴ *Ídem*, párr. 165.

⁵⁵ *Ídem*, párr. 166.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Caso *Er y otros vs. Turquía*, solicitud núm. 23016/04, sentencia del 31 de julio de 2012, pág. 25.

y eficaz del sistema de la Convención, por recordar la frase expresada en la sentencia de Sala en el caso *Varnava y otros*.⁵⁹ Ello así en tanto que es evidente que la elaboración referida tiene un encaje más que complicado dentro de la teoría general sobre hechos internacionalmente ilícitos continuados y competencia *ratione temporis*; aspecto sobre el que, aunque no podemos detenernos con el detalle necesario, conviene al menos recordar las siguientes palabras del relator especial Roberto Ago: «la determinación del tiempo de la violación puede ser decisiva a efectos de establecer la competencia del tribunal [...]. [S]i se trata de un hecho continuado que comenzó antes de la fecha a partir de la cual se aceptó la competencia del tribunal⁶⁰ [...] parecería ilógico negar esa competencia si el hecho continuado se considera perpetrado durante todo el periodo comprendido entre el comienzo del comportamiento estatal y su término. En efecto, nadie duda de que, al menos respecto de una parte de la duración de su existencia, el hecho de que se trate sería un hecho “posterior” al punto de partida de la competencia del tribunal». ⁶¹ Y así es que, en mi opinión, frente a la posición mayoritaria del TEDH fue más que oportuno el recordatorio expreso que realizaron los jueces Ziemele, Spielman y Power del contenido del artículo 14.2⁶² del proyecto definitivo de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado.⁶³

En todo caso y en resumen, a partir de la decisión de la Gran Sala en el caso *Varnava*, la posición del TEDH podría condensarse en el encuadre de la desaparición forzada principalmente en el artículo 2 del CEDH, aunque no solo en él; con la expresa consideración de la existencia de una obligación autónoma e independiente de explicar la suerte y el paradero de la persona desaparecida, que se mantendrá en el tiempo hasta que tal cosa ocurra, si bien añade que el tribunal solo se considerará competente sobre esta en algunos casos.

Consecuencia directa de lo anterior fue la inmediata inadmisión de cincuenta demandas presentadas contra Turquía por desapariciones forzadas,⁶⁴ pau-

⁵⁹ Literalmente, «the practical and effective functioning of the Convention system» (caso *Varnava y otros vs. Turquía*, solicitudes núms. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, sentencia del 10 de enero de 2008, párr. 117).

⁶⁰ Véase *supra* nota 42.

⁶¹ Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/307 Y ADD.1 Y 2, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1978, vol. II (primera parte), pág. 41.

⁶² «La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el periodo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.»

⁶³ Caso *Varnava y otros vs. Turquía*, págs. 68 y 72-73.

⁶⁴ Solicitudes núms. 43422/04, 4568/05, 4577/05, 4613/05, 4617/05, 4630/05, 4636/05, 4638/05, 4687/05, 4711/05, 4821/05, 4829/05, 4834/05, 4844/05, 4847/05, 4888/05, 4891/05, 4896/05, 4901/05, 4920/05,

ta que se ha mantenido igualmente en el tiempo⁶⁵ y ha alcanzado a varias demandas contra España.⁶⁶ El argumento, en lo aquí ocupa y en todos los casos, valga resumirlo acudiendo precisamente a lo mantenido en relación con nuestro país en el caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz vs. España*, a saber:

[...] even assuming that the applicants' case is a disappearance case and that the alleged violation is of a continuing nature (in the light of *Varnava and Others* [...]), the applicants' complaint is in any event inadmissible for the following reasons. The Court has already held that applicants cannot wait indefinitely before bringing an application before it [...]. Indeed, with the lapse of time, memories of witnesses fade, witnesses may die or become untraceable, evidence deteriorates or ceases to exist, and the prospects that any effective investigation can be undertaken will increasingly diminish; and the Court's own examination and judgment may be deprived of meaningfulness and effectiveness. Applicants must therefore make proof of a certain amount of diligence and initiative and introduce their complaints without undue delay [...].

39. In the present case, the Court notes that the disappearance occurred during an internal conflict. Although the Court is aware of the difficulties for the applicants to bring their complaints before the domestic courts even after the end of the Franco regime, having regard to the Amnesty Law of 1977, this did not discharge them from the duty to display due diligence and to bring their case before the Court without undue delay. The Court observes that the right of individual petition became applicable to Spain on 1st July 1981. Having regard to the fact that in the following years there were no official investigations concerning the circumstances of the disappeared person, it must have been apparent to the applicants that there was not any realistic hope of progress in either finding the body or accounting for the fate of their missing relative in the near future. However, the second applicant brought a criminal complaint before the domestic courts concerning the abduction and possible murder of her father, Mr Dorado Luque,

4927/05, 4931/05, 4936/05, 4947/05, 4983/05, 5030/05, 5039/05, 5044/05, 5077/05, 6631/05, 26541/05, 26557/05, 26562/05, 26566/05, 26569/05, 26610/05, 26612/05, 26634/05, 26666/05, 26670/05, 38948/05, 45653/06, 11457/07, 30881/08, 37368/08, 46369/08, 54060/08, 521/09 y 43094/09, decisión sobre admisibilidad del 1 de diciembre de 2009.

⁶⁵ Véanse, por ejemplo, casos *Anastasia Inoannou Iacovou y otros vs. Turquía*, solicitudes núms. 24506/08, 24730/08, 60758/08, decisión sobre admisibilidad del 5 de octubre de 2010; *Charalambous y otros vs. Turquía*, solicitud núm. 46744/07 y otras (28), decisiones del 1 de junio de 2010 (principalmente) y del 3 de marzo de 2012.

⁶⁶ Véanse casos *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz vs. España*, solicitud núm. 301410/09, decisión sobre admisibilidad del 27 de marzo de 2012, y *Canales Bermejo vs. España*, solicitud núm. 56264/12, decisión sobre admisibilidad del 8 de noviembre de 2012.

only in 2006, that is, twenty-five years after the availability of the right of individual petition before the Court; and the application to this Court has not been introduced until the 1st of June 2009, that is, almost twenty-eight years after that date and seventy-three years after the disappearance. Therefore, it must be concluded that the applicants did not display the diligence required to comply with the requisites derived from the Convention and the case-law of the Court concerning disappearances.⁶⁷

Sin reiterar mi disconformidad con esta solución, y siendo imposible detenernos en los perfiles propios del caso y de los restantes argumentos del Tribunal, conviene acabar haciendo una referencia final al ya citado caso *Janowiec y otros vs. Rusia* (Sala y Gran Sala), en el que se abordaron algunos de los hechos ocurridos en el tristemente célebre bosque de Katyń.⁶⁸ Si bien es importante destacar que, pese a que el TEDH reconoció expresamente que solo se había encontrado a tres de los familiares de los demandantes,⁶⁹ prácticamente desde

⁶⁷ «incluso presuponiendo que el caso de los demandantes es una desaparición forzada y que la alegada violación del Convenio es de carácter continuado (a la luz de *Varnava y otros* [...]), la reclamación de los demandantes es, en todo caso, inadmisibile por las razones siguientes. El Tribunal ha sostenido que los demandantes no pueden esperar indefinidamente antes de presentar una demanda ante él [...]. De hecho, con el paso del tiempo se desvanece la memoria de los testigos, los testigos pueden morir o ser ilocalizables, las pruebas se deterioran o se pierden, y disminuyen cada vez más las posibilidades de que pueda emprenderse cualquier investigación eficaz; y el propio enjuiciamiento y la sentencia del Tribunal pueden quedar privados de sentido y eficacia. Por tanto, los demandantes deben probar una cierta diligencia e iniciativa y presentar sus quejas sin una indebida delación [...]. 39. En el presente caso, el Tribunal observa que la desaparición ocurrió durante un conflicto interno. Aunque el Tribunal es consciente de las dificultades de los demandantes para presentar sus reclamaciones antes los tribunales nacionales incluso después del final del régimen de Franco, teniendo en cuenta la Ley de Amnistía de 1977, esto no los exime del deber de actuar con la debida diligencia para presentar su caso ante el Tribunal sin dilaciones indebidas. El Tribunal observa que el derecho de demanda individual es aplicable a España desde el 1 de julio de 1981. Teniendo en cuenta el hecho de que en los años siguientes no hubo ninguna investigación oficial sobre las circunstancias de la persona desaparecida, debió haber sido evidente para los demandantes que no había ninguna esperanza realista de que en un futuro cercano progresara tanto la localización del cuerpo como la determinación de la suerte de su pariente. Sin embargo, hasta el año 2006 la segunda demandante no presentó una denuncia penal ante los tribunales nacionales en relación con el secuestro y posible asesinato de su padre, D. Luis Dorado Luque, es decir, veinticinco años después de que pudiera ejercer el derecho de demanda individual ante el Tribunal; y la demanda ante este Tribunal no se ha presentado hasta el 1 de junio de 2009, es decir, casi veintiocho años después de dicha fecha, y setenta y tres años después de la desaparición. Por lo tanto, debe concluirse que los demandantes no mostraron la debida diligencia para cumplir con los requisitos que se derivan del Convenio y de la jurisprudencia del Tribunal en relación con desapariciones» (caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz vs. España*, párrs. 37 y 39).

⁶⁸ En cuanto a la fecha crítica en este caso, como se recogerá *infra*, esta se corresponde con el 5 de mayo de 1998.

⁶⁹ Caso *Janowiec y otros vs. Rusia*, párr. 136.

el comienzo y hasta el final su perspectiva en este caso fue en realidad la de considerar los hechos, no como desapariciones forzadas, sino como muertes. En consecuencia, no entraremos aquí en el que probablemente haya sido el asunto de más interés de estas decisiones, esto es, la configuración —restrictiva, en mi opinión— que se mantuvo respecto a la posibilidad de que el vínculo de activación de la competencia del Tribunal se encontrase en la necesidad de asegurar las garantías y los valores en los que se funda el CEDH, tal y como quedó dicho en el caso *Šilih*;⁷⁰ pero sí es preciso anotar que, si bien en la sentencia de Sala el Tribunal se declaró incompetente *ratione temporis* respecto al artículo 2 del CEDH, en relación con el 3 sostuvo:

The scope of the State's obligation under Article 3 is significantly larger than an acknowledgement of the fact of death. Even though the State is not legally responsible for the death or disappearance, Article 3 requires it to exhibit a compassionate and respectful approach to the anxiety of the relatives of the deceased or disappeared person and to assist the relatives in obtaining information and uncovering relevant facts.

[...] the Court finds that the applicants were left to bear the brunt of the efforts to uncover any facts relating to the manner in which their relatives died, whereas the Russian authorities demonstrated a flagrant, continuous and callous disregard for their concerns and anxieties. The Court therefore considers that the manner in which the applicants' enquiries have been dealt with by the Russian authorities has attained the minimum level of severity to be considered inhuman treatment within the meaning of Article 3 of the Convention.⁷¹

Esta novedosa elaboración fue reexaminada por la Gran Sala, que llegó a una conclusión sustancialmente diferente. Así, aunque volvió a considerar los hechos esencialmente como muertes, el TEDH reiteró que la esencia de la cuestión relativa al artículo 3 no reside tanto en la grave violación de los dere-

⁷⁰ Caso *Šilih vs. Eslovenia*, párr. 163.

⁷¹ «El alcance de la obligación del Estado respecto al artículo 3 es significativamente más amplio que el reconocimiento del hecho de la muerte. Aunque el Estado no es legalmente responsable de la muerte o desaparición, el artículo 3 requiere mostrar una actitud respetuosa y compasiva ante la ansiedad de los familiares de la persona fallecida o desaparecida, así como para ayudar a los familiares a obtener información y descubrir los hechos. [...] el Tribunal considera que se dejó que los demandantes hicieran la mayor parte de los esfuerzos para descubrir los hechos relativos a la forma en que murieron sus parientes, mientras que las autoridades rusas demostraron un desprecio flagrante, continuo e insensible por su ansiedad y preocupaciones. Por lo tanto, este Tribunal entiende que la manera en que las autoridades rusas atendieron las investigaciones de los demandantes ha alcanzado el nivel mínimo de gravedad como para ser considerado trato inhumano en el sentido del artículo 3 de la Convención» (caso *Janowiec y otros vs. Rusia*, párrs. 163 y 166).

chos humanos de la persona desaparecida (*missing person*), sino en las despectivas o desdeñosas (*dismissive*) reacciones y actitudes de las autoridades rusas con respecto a esa situación cuando se puso en su conocimiento;⁷² pero a renglón seguido pasó a destacar que, en interés de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la igualdad ante la ley, no podía apartarse de sus propios precedentes sin razones de peso.⁷³ Y finalmente concluyó:

As regards the instant case, the Court's jurisdiction extends only to the period starting on 5 May 1998, the date of entry into force of the Convention in respect of Russia. The Court has found above that as from that date, no lingering uncertainty as to the fate of the Polish prisoners of war could be said to have remained. Even though not all of the bodies have been recovered, their death was publicly acknowledged by the Soviet and Russian authorities and has become an established historical fact.⁷⁴

En lo fáctico, puede llamar la atención que afirmase esto cuando párrafos antes había sostenido expresamente que resultaba imposible identificar ningún paso o avance verdadero en la investigación después del 5 de mayo de 1998,⁷⁵ además de haber recogido, sin contradecir o matizar, lo que la Sala había caracterizado literalmente como una actitud de las autoridades rusas, no solo oprobiosa, sino falta de toda humanidad.⁷⁶

⁷² *Ídem*, párr. 178.

⁷³ *Ídem*, párr. 186.

⁷⁴ «En relación con el presente caso, la jurisdicción del Tribunal se extiende solo al periodo a partir del 5 de mayo de 1998, fecha de entrada en vigor de la Convención con respecto a Rusia. El Tribunal ha encontrado anteriormente que, a partir de esa fecha, no puede decirse que persistiera incertidumbre alguna sobre el destino de los prisioneros de guerra polacos. Aunque no se han recuperado todos los cuerpos, las autoridades soviéticas y rusas han reconocido públicamente su muerte, y esto se ha convertido en un hecho histórico establecido» (*ídem*).

⁷⁵ *Ídem*, párr. 159.

⁷⁶ En más detalle: «[i]n the post-entry into force period the applicants were denied access to the materials of the investigation or excluded from the proceedings on account of their foreign nationality. The Chamber was particularly struck “by the apparent reluctance of the Russian authorities to recognise the reality of the Katyn massacre”. While acknowledging that the applicants’ relatives had been detained as prisoners in the NKVD camps, the Russian military courts consistently avoided any mention of their subsequent execution, citing a lack of evidence to that effect from the Katyn investigation. The Chamber qualified that approach as “a callous disregard for the applicants’ concerns and deliberate obfuscation of the circumstances of the Katyn massacre”. As regards the rehabilitation proceedings, the Chamber considered that “a denial of the reality of the mass murder reinforced by the implied proposition that Polish prisoners may have had a criminal charge to answer and had been duly sentenced to capital punishment demonstrated [an] attitude *vis-à-vis* the applicants that was not just opprobrious but also lacking in humanity» (*ídem*, párr. 165).

No podemos detenernos en valoraciones adicionales, pero probablemente la clave que —en lo que aquí nos ocupa— puede explicar esta posición final del Tribunal se encuentre en que, a su juicio y tal como insistió en varios pasajes de la sentencia, lo que inicialmente podría haber sido «un caso de desaparición» debía considerarse a partir de la fecha crítica un «caso de muerte confirmada».⁷⁷ La duda final bien podría ser entonces la siguiente: si para el TEDH los hechos pudieran considerarse plenamente desapariciones forzadas, ¿estaríamos ante un nuevo y último desarrollo de su jurisprudencia que dotase de nuevos perfiles o contenido al artículo 3 del CEDH respecto a los familiares de la persona desaparecida? Habrá que esperar a ver qué nos depararán las próximas decisiones del Tribunal para poder resolver este último interrogante.

⁷⁷ *Ídem*, párr. 185. En ese mismo sentido, insiste el TEDH —de un modo que parece muy próximo a una autojustificación— en que: «[t]he magnitude of the crime committed in 1940 by the Soviet authorities is a powerful emotional factor, yet, from a purely legal point of view, the Court cannot accept it as a compelling reason for departing from its case-law on the status of the family members of “disappeared persons” as victims of a violation of Article 3 and conferring that status on the applicants, for whom the death of their relatives was a certainty. 187. The Court further finds no other special circumstances of the kind which have prompted it to find a separate violation of Article 3 in “confirmed death” cases» (*idem*, párrs. 186-187).

Nota sobre los autores

María Casado. Catedrática de universidad. Directora del Observatorio de Bioética y Derecho y titular de la Cátedra Unesco de Bioética de la Universidad de Barcelona. Profesora titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política, Universidad de Barcelona. Coordinadora del Grupo de Investigación Consolidado «Bioética, Derecho y Sociedad» de la Generalitat de Catalunya. Creadora y directora del máster en Bioética y Derecho: Problemas de Salud y Biotecnología, Universidad de Barcelona. Directora de la línea de investigación «Bioética y Derecho» dentro del programa de doctorado europeo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona «Derecho y Ciencia Política». Coordinadora de la Red de Docencia en Bioética (AECID), de la Red Iberonetwork de la International Association of Bioethics, de la Red para la Enseñanza Conjunta de la Bioética (ALFA, Unión Europea) y de la Red Temática Bioética y Derechos Humanos de la Generalitat de Catalunya. Ha sido miembro del Comité de Bioética de España y de la Comisión de Bioética de Cataluña, y actualmente lo es del Comité Nacional para el Uso Forense del ADN del Ministerio de Justicia y del Comité Nacional del Banco de ADN.

Juan José López Ortega. Magistrado y profesor de la Universidad Carlos III de Madrid. Realizó estudios de especialización en derechos fundamentales en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense (Madrid), en el Institut International des Droits de l'Homme (Estrasburgo) y en el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Ginebra). Ha sido letrado del Tribunal Constitucional y miembro de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN. Desde su constitución en 2011, es miembro del Comité de las Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada. Ha participado en diversos proyectos de investigación sobre los límites a la protección jurídica de la intimidad, y entre sus artículos más recientes en la materia se cuentan «La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en el proceso penal» (2011) y «CC vs. España (STEDH de 6 de octubre de 2010): a propósito de la protección de la confidencialidad de las informaciones médicas en la doctrina del tribunal constitucional» (2013).

Antonio Alonso Alonso. Facultativo del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses en Madrid desde 1984. Doctor en Bioquímica y Biología Molecular por la Universidad Autónoma de Madrid en 1992. Presidente del grupo GHEP-ISFG (Grupo de Habla Española y Portuguesa de la Sociedad Interna-

cional de Genética Forense) durante 1996-2000. Secretario de la Comisión Española para el Uso Forense del ADN desde 2008. Ha publicado más de cien artículos en revistas internacionales de ciencias forenses y diversos libros. Miembro activo de las siguientes sociedades científicas: International Society for Forensic Genetics (ISFG), European Network of Forensic Science Institutes DNA Working Group (ENFSI DNA WG) e International Society for Applied Biological Sciences (ISABS). Perito experto en genética forense en diferentes tribunales españoles, así como en el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia.

Lorena Álvarez Taboada. Fiscal de la Fiscalía Superior de la Comunidad de Madrid. Fiscal encargada de la coordinación nacional de las investigaciones sobre las denuncias relativas a los casos de los llamados «niños robados» en la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado (julio de 2011 a marzo de 2012).

Elisenda Calvet Martínez. Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad de Barcelona. Actualmente realiza su tesis doctoral sobre las desapariciones forzadas en los procesos de justicia transicional, en virtud de una beca de investigación del Instituto Catalán Internacional para la Paz. Ha trabajado en temas de derechos humanos en Cruz Roja Española, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de las Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada. De entre sus artículos recientes en la materia destaca «La exigibilidad en España de los derechos de las víctimas de las desapariciones forzadas por vía contencioso-administrativa como una alternativa a la vía penal».

Javier Chinchón Álvarez. Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid y director de investigación de Rights International Spain. Es doctor y licenciado en Derecho (UCM) y licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración (UAM). Ha sido profesor en distintas universidades españolas y extranjeras, ponente invitado en múltiples seminarios, jornadas y congresos nacionales e internacionales, e investigador visitante en centros de Europa y América. También ha sido y es miembro consultor de varios organismos españoles e iberoamericanos. Es autor de más de medio centenar de trabajos académicos en su ámbito de especialización, entre los que destacan sus publicaciones sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Penal, y Justicia Transicional. Su última monografía es *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2012.

Gabriella Citroni. Profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Milano-Bicocca de Milán (Italia); asesora jurídica principal de la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos Desaparecidos y de la ONG TRIAL (*Track Impunity Always*). Consejera jurídica de la dele-

gación italiana durante la negociación de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y consultora para la redacción del estudio sobre mejores prácticas en legislación penal nacional sobre desaparición forzada para el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

Santiago Corcuera Cabezut. Activo promotor de los derechos humanos. Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana y máster en Derecho por la Universidad de Cambridge (Inglaterra). En las Naciones Unidas cuenta con amplia experiencia, al haber sido miembro del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias entre los años 2004 y 2009, y presidente del Comité Coordinador de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU entre 2009 y 2010. Actualmente es miembro del Comité contra la Desaparición Forzada.

Emmanuel Decaux. Profesor agregado de Derecho Público y diplomado por el Instituto de Estudios Políticos de París. Actualmente es profesor en la Universidad Panthéon-Assas (Paris II), donde dirige la escuela de doctorado en Derecho Internacional, Derecho Europeo, Relaciones Internacionales y Derecho Comparado. Es asimismo director del Centro de Investigación de Derechos Humanos y Derecho Humanitario (CRDH). Ha publicado numerosas obras, en particular *Droit international public*, París, Dalloz (9.^a ed), 2014, con Olivier de Frouville. Ha dirigido un comentario colectivo relativo al *Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos*, editado por Economica en 2011, y prepara la publicación del comentario sobre el *Pacto internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales*. Tras haber sido miembro suplente (1994-2002) y miembro titular (2002-2006) de la Subcomisión de Derechos Humanos, donde ha sido en particular relator acerca de la administración de justicia por los tribunales militares, y más tarde del Comité Consultivo del Consejo de Derechos Humanos (2007-2010), ha sido elegido miembro del Comité contra la Desaparición Forzada, del que es presidente desde 2011.

Carlos R. Fernández Liesa. Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid. Director del Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria.

Olivier de Frouville. Profesor de Derecho Público en la Universidad Panthéon-Assas (Paris II), director adjunto del Centro de Investigación de Derechos Humanos y Derecho Humanitario (CRDH) y miembro del Instituto Universitario de Francia. Desde noviembre de 2008, y en calidad de experto independiente de Naciones Unidas, es miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, del que ha sido su presidente relator entre abril de 2012 y octubre de 2013. Es asimismo miembro de la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos de Francia (CNCDH). De agosto de 2011 a agosto de 2012 ha sido *visiting*

fellow en el Lauterpacht Centre for International Law de la Universidad de Cambridge (Inglaterra) y en Clare Hill, una facultad de la Universidad de Cambridge de la que es miembro vitalicio desde 2013. Sus campos de investigación comprenden la Teoría del Derecho Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. En el marco el Instituto Universitario de Francia lleva a cabo una investigación consagrada a una «teoría democrática del derecho internacional».

Álvaro Garcé García y Santos. Abogado. Relator del Comité de las Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada. Comisionado parlamentario (defensor del pueblo) para el sistema penitenciario. Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Católica del Uruguay y de Evolución de las Instituciones Jurídicas y Derecho Comparado en la Universidad de la República. Profesor titular del Centro Latinoamericano de Economía Humana. Directivo del Instituto Latinoamericano del Ombudsman. Autor de cinco libros sobre los temas de su especialidad, ha publicado más de treinta artículos y pronunciado conferencias en su país y en otros diez países.

Patricia Eugenia Granados de Fröhlich. Graduada de Ciencias Jurídicas en la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas, con especialización en el área de Derechos Humanos, sobre todo en temas de niñez y personas con capacidades especiales. Se desempeñó como asesora jurídica para la Asamblea Legislativa de El Salvador. Actualmente colabora con el Centro de Derechos Humanos de Núremberg (Alemania).

Luciano A. Hazan. Licenciado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (donde es profesor del Departamento de Derecho Penal y Criminología) y máster en Derecho por la Southwestern Law School (becario Fulbright-Siderman en Derechos Humanos). Miembro del Comité contra la Desaparición Forzada (elegido en 2011 y reelecto en 2013; fue su relator entre 2011 y 2013). Abogado de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo de 2003 a 2013 (coordinador de su equipo jurídico entre 2005 y 2009), donde litigó en numerosos procesos por desapariciones forzadas durante el terrorismo de Estado de fines de los setenta y comienzos de los ochenta. Asesor de la presidencia de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados (2005-2009) y subdirector del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) durante 2004-2005). Abogado de la Asociación Memoria Activa, que agrupa a víctimas del atentado contra la sede de la AMIA en Buenos Aires, en el juicio por el encubrimiento de su investigación. Desde 2013 es coordinador del Programa Verdad y Justicia, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. Fue editor de la revista *Sistemas Judiciales* (CEJA-INECIP) y autor de investigaciones académicas y artículos sobre violaciones a los derechos humanos y reforma a la justicia penal.

Rainer Huhle. Político y especialista en derechos humanos y políticas del pasado, así como en política y cultura de América Latina. Vive en Núremberg (Alemania) y es miembro de la directiva del Centro de Derechos Humanos de Núremberg (NMRZ)

y redactor del sitio www.menschenrechte.org de dicho centro. Vicepresidente del consejo de administración del Instituto Alemán de Derechos Humanos (Berlín). Desde 2011 es miembro del Comité contra la Desaparición Forzada. Entre 1997 y 1999 trabajó como experto en la oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bogotá. De 2009 a 2010 fue miembro del consejo de administración de la exposición permanente sobre el Tribunal de Núremberg, en la histórica sala del tribunal, que se inauguró en 2010. Es autor de numerosas publicaciones sobre derechos humanos y política, historia y cultura de América Latina.

Gemma Marfany. Profesora titular de Genética de la Universidad de Barcelona, con una amplia trayectoria científica y académica en genética (Barcelona, Edimburgo, Oxford). Dirige un grupo de investigación en genética molecular humana con numerosas publicaciones y direcciones de tesis. Es docente de diversas asignaturas relacionadas con la genética humana y sus aplicaciones, y miembro del Instituto de Biomedicina de la Universidad de Barcelona, del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona y asesora externa de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN.

Janina Suela. Miembro del Comité contra la Desaparición Forzada (CDF) y del cuerpo diplomático del Ministerio de Asuntos Exteriores de Albania. Máster en Derechos Humanos por la Facultad de Leyes de la Universidad de Sarajevo y la Universidad de Bolonia y doctora en Derechos Humanos por la Facultad de Derecho de Tirana. Desde su elección en el CDF, ejerce las funciones de vicepresidenta, y en tal calidad ha representado al comité en diversos eventos, reuniones y conferencias relativas a la implementación de la Convención, con especial atención a la protección de las mujeres y los niños de las desapariciones forzadas. Ha abordado esta cuestión en múltiples publicaciones.

Kimio Yakushiji. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Ritsumeikan desde abril de 2011; miembro del Comité contra la Desaparición Forzada desde noviembre de 2011; presidente de la Sociedad Japonesa de Derecho Internacional desde 1 de octubre de 2012 a 29 de junio de 2014; consultor para el Comité de Examen de Refugiados del Ministerio de Justicia desde mayo de 2012; miembro del Instituto de Investigación en Derechos Humanos de Kioto desde su fundación en 1994. Sus publicaciones más recientes en este campo son «The potential of international human rights to develop into world constitutional rights» (en japonés), *Japanese Yearbook of World Law*, núm. 29, 2010, págs. 1-49; «Domestic implementation of human rights conventions and judicial remedies in Japan» (en inglés), *The Japanese Annual of International Law*, núm. 46 (2003), págs. 1-45, y «Legislation of the act on civil jurisdiction over foreign states, acceptance of the U. N. Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property, and their possible effects upon the jurisprudence of Japanese domestic courts on state immunity», *Japanese Yearbook of World Law*, núm. 53 (2010), págs. 202-242.

Los análisis genéticos y el convenio de la ONU contra las desapariciones forzadas son dos poderosas herramientas que permiten esclarecer los orígenes biológicos y luchar contra el robo de bebés y las desapariciones forzadas de niños. Estos delitos, de una gravedad manifiesta, requieren ser examinados desde sus vertientes jurídica, filosófica, política y bioética, porque, ante una situación tan compleja y que afecta a tantas personas, una sociedad responsable está obligada a tomar medidas. El presente libro, que analiza estas cuestiones tanto en el contexto europeo como en el latinoamericano, es obra de especialistas vinculados a las instituciones y los comités más representativos en la materia.



B Universitat de Barcelona

Publicacions i Edicions