

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS POLITICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2011
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**“INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES
NECESARIOS PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURIDICA DE LA
NIÑEZ VICTIMA DE LA DESAPARICION FORZADA”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO/A EN CIENCIAS JURÍDICAS**

TRABAJO PRESENTADO POR:

**Andrée Gerald, Álvarez Domínguez
Jessica Mittchel, Linares Canizalez
Pamela Anthuane, Alvarenga Franco**

DIRECTOR DE SEMINARIO:

Dr. Medardo de Jesús Tejada Rodríguez

Ciudad Universitaria, San Salvador, Noviembre 2011

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICA

DOCTORA ANA LETICIA ZAVALETA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

MAESTRO NELSON BOANERGES LOPEZ CARRILLO
FISCAL GENERAL INTERINO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

DOCTOR DONALDO SOSA
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ
SECRETARIO

DOCTOR MEDARDO DE JESUS TEJADA RODRIGUEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN

Agradecimientos

A Dios, que me ha permitido culminar esta carrera a pesar de todos los obstáculos que se han interpuesto en el camino, porque fue el quien me lleno de sabiduría para culminar este trabajo satisfactoriamente.

A mis Padres: Miguel Alfonso Linares quien se encuentra en la presencia de Dios pero siempre fue, es y será mi mayor ejemplo y fuente de inspiración; Alma Lorena Canizalez, quien ha luchado conmigo a cada instante brindándome ese apoyo espiritual que en todo momento se necesita, apoyándome en todas las decisiones en este largo camino.

A mis Hermanos: Jeniffer y Rafael, por sus palabras de aliento cuando mas las necesité

A nuestro Profesor, Licenciado Luis Alonso Ramírez, por su apoyo incondicional y colaboración profesional para la realización de este trabajo.

Con un sincero agradecimiento a nuestro Asesor, Doctor Medardo de Jesús Tejada Rodríguez, por su guía y orientación en el desarrollo de este trabajo.

Jessica Mittchel Linares Canizalez

Agradecimientos

A Dios nuestro Señor, por darme la vida y haberme permitido superar los obstáculos y darme la oportunidad y la fortaleza de seguir adelante.

A mi Madre, Zonia Allizón Domínguez de Álvarez, por su amor incondicional que es siempre mi apoyo, por creer en mí en todo momento y acompañarme en las dificultades, por su dedicación y empeño en ayudarme a ser mejor persona cada día y alentarme a continuar hasta culminar este éxito.

A mi Familia, por creer en mí y apoyarme, en especial a mi tía Sandra Hernández Domínguez, por ayudarme en las dificultades que a lo largo de la carrera se presentaron.

A nuestro Profesor, Licenciado Luis Alonso Ramírez, por ser uno de los mejores docentes que tuve la dicha de conocer, quien nos orientó y especialmente por sus consejos.

A nuestro Asesor, Doctor Medardo de Jesús Tejada Rodríguez por su predisposición permanente e incondicional en su orientación y su paciencia en el desarrollo de este trabajo.

Andrée Gerald Álvarez Domínguez

Agradecimientos

A mi Padre Eterno, por estar cada día a mi lado, llenado mi vida de bendiciones, mi corazón de fe y esperanza, mi mente con inteligencia, por levantarme cuando caí, y enseñarme el camino a seguir.

A mi Madre, por enseñarme a ser una mujer fuerte y decidida, por confiar en mí y repetir incansablemente “tu puedes hacerlo, yo sé que tú puedes hacerlo”, por todas esas noches que se desveló a mi lado, y tolero mi mal humor a causa del cansancio, por contribuir a mi formación personal y profesional.

A mi Hija, por regalarme cada día una sonrisa, un abrazo y un te quiero.

A mi Novio, por todo su apoyo y palabras de aliento, por estar a mi lado transmitiéndome fortaleza y serenidad en los malos momentos, y alegrarse con mis triunfos.

A mi Hermano, porque con su ejemplo aprendí a que todo esfuerzo tiene su recompensa, por hacerme reír en algunos de mis peores momentos, por confiar en mí.

A mi Familia y Amigos, porque de cada uno de ellos he aprendido algo, y a pesar de las distancias han estado cerca de mí para animarme y ayudarme, por sus oraciones y buenos deseos.

A mis Compañeros de tesis, por haberme permitido emprender y compartir tan ardua tarea como lo fue este proyecto, por la tolerancia, el respeto y el compañerismo que siempre estuvo presente entre nosotros.

Pamela Anthuanee Alvarenga Franco

INDICE

	Pág.
Introducción.....	i
Abreviaturas y Siglas.....	v
CAPITULO I	
CONCEPTOS PRELIMINARES	
1.1 Concepto del Derecho Internacional Público.....	1
1.1.1 Distinción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado.....	3
1.1.2 Relación entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno de los Estados.....	4
1.1.2.1 El Dualismo.....	5
1.1.2.2 El monismo.....	7
1.1.2.3 Tesis coordinadoras o Conciliadoras.....	7
1.1.2.4 Referencia al sistema Jurídico Salvadoreño.....	9
1. 2. Fuentes del Derecho Internacional Público.....	14
1. 2.1 Los Tratados Internacionales.....	15
1.2.1.1 Definición de Tratados Internacionales conforme a la Convención de Viena.....	15
1.2.1.2 Proceso de celebración del Tratado.....	17
1.2.1.2.1 Otorgamiento De Los Plenos Poderes.....	17
1.2.1.2.2 Negociación.....	18
1.2.1.2.3 Adopción del texto.....	19
1.2.1.2.4 Autenticación.....	19
1.2.1.2.5 Manifestaciones Del Consentimiento Pleno.....	19
1.2.1.2.6 Manifestación Del Consentimiento Con Reservas.....	20

1.2.1.2.7 Desde la Manifestación del Consentimiento a la Entrada en Vigor.....	21
1.2.1.2.8 Depósito.....	23
1.2.1.2.9 Funciones del Depositario.....	23
1.2.1.3 Observancia y Aplicación de los Tratados.....	24
1.2.1.4 Interpretación de los Tratados.....	26
1.2.1.5 Los Tratados y los Terceros Estados.....	28
1.2.1.6 Nulidad de los Tratados.....	29
1.2.1.7 Terminación de los Tratados.....	33
1.2.1.8 Suspensiones.....	37
1.2.2 La Costumbre Internacional.....	38
1.2.3 Los Actos Unilaterales de los Estados.....	39
1.3. Sujetos del Derecho Internacional Público.....	40
1.3.1 Personalidad o Subjetividad Jurídica Internacional...41	
1.3.1.1 La Teoría Pura del Derecho.....	42
1.3.1.2 La Teoría de la Responsabilidad.....	42
1.3.2 El Estado como Sujeto de Derecho Internacional.....	43
1.3.2.1 Concepto de Estado en el Derecho Internacional..	43
1.3.3 Elementos Constitutivos del Estado.....	44
1.3.3.1 La Población.....	44
1.3.3.2 El Territorio.....	45
1.3.3.3 El Poder.....	45
1.3.4 Reconocimiento de Estados.....	46
1.3.5 Clases de Estados.....	47
1.3.6 Reconocimiento de Gobiernos.....	48
1.3.7 Sujetos Atípicos.....	48

1.3.7.1	La Santa Sede.....	48
1.3.7.2	La Soberana Orden De Malta.....	49
1.3.7.3	Los Rebeldes e Insurrectos, Beligerantes....	50
1.3.7.4	Comité Internacional de la Cruz Roja.....	51
1.3.8	Otros Sujetos Atípicos.....	52
1.3.8.1	Organizaciones Internacionales.....	52
1.3.8.2	Organizaciones No Gubernamentales.....	54
1.3.8.3	Empresas Transnacionales.....	56
1.4.	Responsabilidad Internacional de los Estados.....	56
1.4.1	Violación de una Obligación Internacional.....	57
1.4.1.1	Atribución del Hecho.....	58
1.4.1.2	Circunstancias Excluyentes de la Ilícitud del Hecho.....	59
1.4.2	Contenido de la Responsabilidad Internacional.....	59
1.4.2.1	Modo de Hacer Efectiva la Responsabilidad Mediante Invocación.....	60
1.4.3	Efectos de la Responsabilidad Internacional.....	61
1.4.3.1	Restitución.....	62
1.4.3.2	Indemnización.....	62
1.4.3.3	Satisfacción.....	63
1.5.	Sanciones del Derecho Internacional Público.....	64
1.5.1	La Retorsión.....	64
1.5.1.1	Contramedita.....	64
1.5.1.2	Limitaciones.....	65
1.5.1.3	Obligaciones que no Pueden Suspenderse...65	
1.5.1.4	Medidas Contra Violaciones Graves de Normas Imperativas.....	66

1.5.2 Las Represalias Pacificas.....	66
1.5.3 La Legitima Defensa.....	66
1.5.4 La Autoprotección.....	67

CAPITULO II

LA PROBLEMÁTICA DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SALVADOR

2. Antecedentes Históricos de la Desaparición Forzada.....	68
2.1. Orígenes de la Desaparición Forzada de Personas.....	69
2.1.1. Edad Antigua.....	69
2.1.1.1 El Judaísmo.....	69
2.1.1.2 Grecia.....	70
2.1.1.3 Roma.....	71
2.1.2 Edad Media.....	71
2.1.3 Edad Moderna.....	72
2.1.4 La Desaparición Forzada en la Actualidad.....	76
2.2 Conceptualización Jurídica de la Desaparición Forzada....	77
2.2.1 La Organización de Naciones Unidas.....	77
2.2.2 La Corte Penal Internacional.....	81
2.2.3 La Comisión Interamericana de Derechos De Derechos Humanos.....	82
2.2.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	86
2.2.5 Otras Definiciones Sobre Desaparición Forzada.....	90
2.3 Tipos de Desaparecidos.....	92

2.4 Conflicto Armado en El Salvador y la Desaparición Forzada de la Niñez Durante el Conflicto Armado.....	97
2.4.1 Orígenes de la Desaparición Forzada en El Salvador.....	98
2.5 Causas Que Produjeran las Desapariciones de los Niños y Niñas Durante el Conflicto Armado Salvadoreño.....	104
2.5.1 Desapariciones Forzadas Realizadas Por la Fuerza Armada Salvadoreña.....	105
2.6 Violación a la Seguridad Jurídica de la Niñez Mediante la Práctica de la Desaparición Forzada.....	110
2.6.1 Definición Jurídica de “Menor”.....	110
2.6.2 El Impacto de Las Desapariciones en Los Menores.....	111
2.6.3 Violación de los Derechos Humanos por la Desaparición Forzada de un Menor.....	112
2.6.4 Obligaciones del Estado y Derechos del Menor.....	112
2.7 Victimización de las Familias de la Niñez Desaparecida.....	114
2.8 Intereses Políticos Como Obstáculo en la Resolución de los Casos de Niños y Niñas Desaparecidas Durante el Conflicto Armado Salvadoreño.....	119
2.9 Sobre la Obstaculización en la Búsqueda e Implementación de Medidas en Pro de la Niñez Desaparecida.....	120

**CAPITULO III
LEGISLACION APLICABLE A LA DESAPARICION FORZADA
Y CASOS DE MENORES DESAPARECIDOS
SOMETIDA A NIVEL NACIONAL Y ELEVADOS A NIVEL
INTERNACIONAL PARA UNA REPARACION EFECTIVA**

3.1 Análisis de la Legislación Nacional Aplicable para la Búsqueda de la Niñez Víctimas de la Desaparición Forzada de Personas en el Marco Jurídico Actual.....	126
3.1.1 Constitución de la República.....	129
3.1.2 El Proceso Constitucional de Habeas Corpus, como Medio Para Establecer la Ubicación Física de los Menores Desaparecidos.....	138
3.1.2.1 Antecedentes Generales del Habeas Corpus..	139
3.1.2.2 Naturaleza Jurídica del Habeas Corpus.....	141
3.1.2.3 Clasificación del Habeas Corpus.....	142
3.1.2.4 Procedimiento de Habeas Corpus.....	144
3.1.2.4.1 Iniciación.....	144
3.1.2.4.2 Resolución de Admisión.....	145
3.1.2.4.3 Actuación del Juez Ejecutor.....	146
3.1.2.4.4 Resolución Definitiva.....	148
3.1.3 Código Penal.....	150
3.1.3.1 Evolución de la Desaparición Forzada en la Legislación Penal Salvadoreña.....	150
3.1.3.2 El Delito de Desaparición Forzada en el Código Penal.....	152
3.1.3.3 Delitos de Trascendencia Internacional o Crimen Internacional.....	153

3.1.3.4 Delitos de Lesa Humanidad o Delitos Contra la Humanidad.....	155
3.1.4 Código Procesal Penal.....	166
3.2 Análisis Jurídico de Criterios Jurisprudenciales Sobre la Desaparición Forzada.....	167
3.2.1 Caso Serrano Cruz Vs. El Estado de El Salvador.....	168
3.2.2 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en el Caso Serrano Cruz.....	169
3.2.3 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	171
3.2.4 Seguimiento del Cumplimiento de las Recomendaciones Emitidas por parte del Estado de El Salvador.....	172
3.3 Críticas Positivistas al Marco Jurídico Nacional en Materia de Desaparición Forzada de Personas.....	174

CAPITULO IV

OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA ADOPCION DE INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES, EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA, MECANISMOS, ORGANOS DE PROTECCIÓN Y SU ESTUDIO EN EL DERECHO COMPARADO.

4.1 Los Instrumentos Normativos Internacionales y las Obligaciones del Estado.....	182
4.2 Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzosas.....	183
4.3 Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.....	186

4.4 Criterios Jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en Relación a las Obligaciones de los Estados.....	191
4.4.1 Criterios relevantes en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos en Relación a las Obligaciones de los Estados.....	195
4.5 Estatuto de la Corte Penal Internacional en Relación a las Obligaciones de los Estados.....	198
4.5.1 Composición del Estatuto de Roma.....	204
4.5.2 Estructura y Funcionamiento de la Corte Penal Internacional.....	209
4.5.3 Delitos Competencia de la Corte Penal Internacional.....	210
4.5.3.1 Genocidio.....	211
4.5.3.2 Crímenes de Lesa Humanidad.....	212
4.5.3.3 Crímenes de Guerra.....	213
4.5.3.4 Crímenes de Violencia Sexual y/o de Género.....	213
4.6 Los principios de la Corte Penal Internacional.....	214
4.6.1 Irretroactividad.....	214
4.6.2 Universalidad.....	214
4.6.3 Complementariedad.....	215
4.7 Análisis de Aspectos Relevantes de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.....	216

4.7.1	Proceso de Elaboración de un Nuevo Instrumento Internacional: La Convención Internacional de Naciones Unidas Sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.....	219
4.7.2	Importancia de la Convención Internacional de Naciones Unidas Sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.....	222
4.7.2.1	Reparación del Daño.....	225
4.7.2.2	Prevención.....	226
4.7.2.3	Órgano de Seguimiento.....	228
4.8	La Desaparición Forzada en el Derecho Comparado.....	230
4.8.1	La Desaparición Forzada en México.....	231
4.8.2	La Desaparición Forzada en Perú.....	235
4.8.3	La Desaparición Forzada en Colombia.....	237
4.9	Justificación de la Creación de una Ley Especializada.....	241
	Conclusiones.....	243
	Anexos.....	247
	Bibliografía.....	278

INTRODUCCION

La presente investigación constituye nuestro trabajo de graduación, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, el cual versa sobre los Instrumentos Normativos Internacionales necesarios para brindar una protección integral a la niñez, ante el fenómeno de la desaparición forzada, el cual se titula: “INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES NECESARIOS PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURIDICA DE LA NIÑEZ, VICTIMA DE LA DESAPARICION FORZADA”, el referido texto es una exposición de la problemática sobre la desaparición forzada de la niñez, tratando de darle un formato objetivo y expositivo.

El Capitulo Uno consta principalmente en las generalidades del derecho internacional público, partiendo de su concepto y su diferencia con el derecho internacional privado, estableciendo la relación entre el derecho internacional público y el derecho interno de los Estados, las teorías que sostienen dichas relaciones y determinando en cuál de ellas se encuadra nuestro sistema jurídico; estudiando las fuentes del Derecho internacional Público, determinando lo que son los Convenios y Tratados Internacionales, su definición, proceso de celebración, entrada en vigor, su cumplimiento, su terminación y los sujetos que pueden celebrar estos actos,

Los Sujetos que pueden celebrar tratados internacionales por regla general son los Estados, pero como toda regla general esta tiene su excepción, puesto que existen otros sujetos del derecho internacional, los cuales serán abordados, determinando sus características; para finalizar el Capitulo Uno con las sanciones que el derecho internacional público impone a los Estados, ante las violaciones a normas imperativas establecidas en los instrumentos normativos de carácter internacional.

En el Capítulo Dos se hará mención a los antecedentes de esta temática, es decir el tema de la desaparición forzada de personas, el cual se encuentra en un marco de referencia con perspectiva histórica del problema, relatando desde los orígenes de esta, en la edad antigua y edad Media, hasta alcanzar la edad moderna, llegando así a la problemática de la desaparición forzada en El Salvador; estableciendo el fundamento doctrinario que se trata de constituir con las diferentes definiciones existentes sobre la desaparición forzada de personas; se establece también el fundamento normativo jurídico, en el cual se delimita la legislación que trata sobre el problema de la desaparición forzada de personas, empezando desde la Constitución de la República por ser la Carta Magna, siguiendo con las leyes secundarias que versan sobre el mismo.

Además se exponen determinados Instrumentos Normativos internacionales como lo son la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las desapariciones forzadas, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas , Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que no se encuentran ratificados aun por el Estado de El Salvador, pero hacen referencia a dicha problemática; se establecerán además los tipos de desaparecidos que existen para tener una idea central de este concepto, evitando las analogías y los sinónimos en los cuales se podría caer.

Al llegar a la problemática nacional sobre la desaparición forzada en nuestro país se abordaran las causas que produjeran dichas desapariciones de la niñez salvadoreña, así como sus responsables, el impacto que este delito genera en las víctimas y los familiares así como la esfera jurídica de derechos que se transgreden, determinando la atención y el interés que el Estado ha realizado para la restitución de la seguridad

jurídica de la niñez, y los intereses políticos que han sido obstáculo para la restitución de los derechos de las víctimas.

El Capítulo Tres desarrolla la legislación aplicable al fenómeno de la desaparición forzada y los casos sobre desaparición forzada de niños sometida a jurisdicción interna y elevados a nivel internacional para una reparación efectiva, en ese sentido se diseña el proceso de Habeas Corpus, desde su naturaleza jurídica, clasificación e iniciación hasta su resolución; para estudiar posteriormente la desaparición forzada en el código penal y código Procesal penal, brindando un análisis jurídico de los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, cotejándolo con las obligaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sobre el caso en mención, para terminar este capítulo con críticas positivistas al marco jurídico nacional en materia de Desaparición forzada.

El Capítulo Cuatro consiste en la exposición de las obligaciones Internacionales que se derivan de la adopción de los determinados convenios internacionales, los cuales serían de utilidad para el combate y erradicación de la desaparición forzada de personas, y que a su vez son aplicables a la niñez, en vista de ello se presentan: “La Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas”, “La Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas”, “El Estatuto de la Corte Penal Internacional”, y en este último punto desarrollar la competencia de la Corte su funcionamiento y principios; posteriormente se muestran los aspectos relevantes de la “Convención Internacional de Naciones Unidas Sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Desaparición Forzada”, para finalizar con la problemática de la desaparición forzada a nivel internacional en el derecho comparado tomando como muestra países que han presentado un marcado flagelo de este delito de lesa humanidad, el cual ha transgredido la seguridad jurídica de la niñez.

Finalmente y se presentan las conclusiones que se lograron desarrollar con esta investigación, de igual forma se exponen una serie de anexos en los cuales se podrá encontrar un modelo para una propuesta de ley secundaria que este enfocada a desarrollar dichos convenios con nuestra realidad nacional, así mismo los testimonios de familiares de niños que fueron desaparecidos durante el pasado conflicto armado.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ARENA. *Alianza Republicana Nacionalista*

Art. *Artículo*

ASAFADDES. *Asociación de Familiares de Detenidos- Desaparecidos*

CDI. *Corte de Derecho Internacional*

CEJIL. *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Center for Justice and International Law)*

CIDH. *Corte Interamericana de derechos Humanos*

CIJ. *Corte Internacional de Justicia*

Cm.IDH. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

CNDH. *Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México*

Cn. *Constitución*

CPI. *Corte Penal Internacional*

C.Pn. *Código Penal*

C.Pr. Pn. *Código Procesal Penal*

CSJ. *Corte Suprema de Justicia*

CVR. *Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú.*

CV. *Convención de Viena*

DIP. *Derecho Internacional Público*

DF. *Desaparición Forzada*

ECIJ. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o Estatuto de Roma*

E.E.U.U. *Estados Unidos de Norte América*

ELN. *Ejercito de Liberación Nacional de Colombia*

EPL. *Ejercito Popular de Liberación*

Est. *Estado*

ES. *El Salvador*

FAES. *Fuerza Armada de El Salvador*

FARC. *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia*

FEDEFAM. *Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares y de detenidos-desaparecidos*

FGR. *Fiscalía General de la República*

FMLN. *Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional*

GTNU. *Grupo de Trabajo de la Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas O Involuntarias*

M.A.S. *Organización Muerte a los Secuestradores de Colombia.*

M-19. *Movimiento 19 de Abril de Colombia*

OEA. *Organización de Estados Americanos*

ONU. *Organización de las Naciones Unidas*

ONG. *Organización No Gubernamental*

ONUSAL. *Organización de las Naciones Unidas en El Salvador*

Pág. *Página*

Par. *Párrafo*

PDDH. *Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos*

PH. *Policía de Hacienda*

PNC. *Policía Nacional Civil*

UE. *Unión Europea*

CAPITULO I

CONCEPTOS PRELIMINARES

Sumario. 1.1 Concepto del Derecho Internacional Público. 1.2 Distinción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. 1.3 Relación entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno de los Estados. 1.3.1 El Dualismo. 1.3.2 El monismo. 1.3.3 Tesis coordinadoras o Conciliadoras. 1.3.4 Referencia al sistema Jurídico Salvadoreño. 1. 2. Fuentes del Derecho Internacional Público. 1.2.1 Los tratados Internacionales. 1.2.1.1 Definición de Tratados Internacionales conforme a la Convención de Viena. 1.2.1.2 Proceso de celebración del Tratado. 1.2.1.2.1 Otorgamiento De Los Plenos Poderes. 1.2.1.2.2 Negociación. 1.2.1.2.3 Adopción del texto. 1.2.1.2.4 Autenticación. 1.2.1.2.5 Manifestaciones Del Consentimiento Pleno. 1.2.1.2.6 Manifestación Del Consentimiento Con Reservas. 1.2.1.2.7 Desde la manifestación del consentimiento a la entrada en vigor. 1.2.1.2.8 Depósito. 1.2.1.2.9 Funciones del depositario. 1.2.1.3 Observancia y aplicación de los tratados. 1.2.1.4 Interpretación de los Tratados. 1.2.1.5 Los tratados y los terceros Estados. 1.2.1.6 Nulidad de los Tratados. 1.2.1.7 Terminación de los Tratados. 1.2.1.8 Suspensiones. 1.2.2 La Costumbre Internacional. 1.2.3 Los Actos Unilaterales de los Estados. 1.3. Sujetos del Derecho Internacional Público. 1.3.1 Personalidad o Subjetividad Jurídica Internacional. 1.3.1.1 Teoría pura del Derecho. 1.3.1.2 Teoría de la Responsabilidad. 1.3.2 El Estado como Sujeto de Derecho Internacional. 1.3.2.1 Concepto de Estado en el derecho Internacional. 1.3.3 Elementos Constitutivos del Estado. 1.3.3.1 La Población 1.3.3.2 El Territorio. 1.3.3.3 El Poder. 1.3.4 Reconocimiento de Estados. 1.3.5 Clases de Estados. 1.3.6 Reconocimiento de Gobiernos. 1.3.7 Sujetos Atípicos. 1.3.7.1 La Santa Sede. 1.3.7.2 La Soberana Orden De Malta. 1.3.7.3 Los Rebeldes e Insurrectos, Beligerantes. 1.3.7.4 Comité Internacional de la Cruz Roja. 1.3.8 Otros sujetos Atípicos. 1.3.8.1 Organizaciones Internacionales. 1.3.8.2 Organizaciones No Gubernamentales (ONG'S). 1.3.8.3 Empresas transnacionales. 1.4. Responsabilidad Internacional de los Estados. 1.4.1 Violación de una Obligación Internacional. 1.4.1.1 Atribución del hecho. 1.4.1.2 Circunstancias Excluyentes de la ilicitud del hecho. 1.4.2 Contenido de la responsabilidad internacional. 1.4.2.1 Modo de hacer efectiva la responsabilidad mediante Invocación. 1.4.3 Efectos de la Responsabilidad Internacional. 1.4.3.1 Restitución. 1.4.3.2 Indemnización. 1.4.3.3 Satisfacción. 1.5. Sanciones del Derecho Internacional Público. 1.5.1 La Retorsión. 1.5.1.1 Contramedida. 1.5.1.2 Limitaciones. 1.5.1.3 Obligaciones que no pueden suspenderse. 1.5.1.4 Medidas contra violaciones graves de normas imperativas. 1.5.2 Las represalias pacíficas. 1.5.3 La legítima defensa. 1.5.4 La autoprotección.

1.1 Concepto del Derecho Internacional Público

El Derecho Internacional Público es una ciencia que por su juventud y su ámbito de aplicación se ha tenido que justificar constantemente, esto para cobrar su espíritu y su carácter jurídico. En comparación con otras ramas del derecho, su nacimiento ha sido innegablemente muy reciente, pero a la vez, ha sido una herramienta muy útil para los Estados, puesto que ha venido necesariamente a regular las

actividades y las relaciones entre los sujetos del derecho internacional en este mundo globalizado, donde las reglas tienen que ser completamente precisadas para el funcionamiento de las mismas.

El Derecho Internacional Público, es un conjunto normativo destinado a reglamentar una realidad social, la realidad internacional. El orden mundial Estatal requiere de reglas vinculantes¹, debe experimentar una evolución paralela a la que experimenta esa realidad social. De ahí según el momento, revista una forma más o menos distinta lo que nos llevaría a considerar el origen del Derecho internacional de acuerdo con la similitud que guarde con el conjunto normativo que hoy representa.

El nombre de esta disciplina se usa desde que Jeremías Bentham lo empleó en 1789. Por no encontrarse un vocablo mejor para designarla; *"el derecho internacional puede definirse como un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí"*.² El juez de la Corte internacional de Justicia, Thomas Buergenthal, prefiere citar la definición del American Law Institute: *"El Derecho Internacional es el cuerpo de reglas jurídicas que se ocupa de la conducta de los Estados y de los Organismos Internacionales así como de algunas relaciones con las personas ya sean naturales o jurídicas"*³

Por lo tanto podemos llegar a la conclusión de que estos autores a los que hacemos referencia tratan y sienten al Derecho Internacional

¹ **HERDEGEN, Matthias**, *Manual de Derecho Internacional Público*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 1 edición, México D.F. México 2005 P. 1. Este derecho no debe, ni puede, concebirse como una ciencia enteramente autónoma. La correcta interpretación de los fenómenos de formación, respeto, aplicación, violación, etc., de las normas internacionales, exige el conocimiento de la realidad internacional. Sólo es posible viéndola desde las diversas ópticas que dan las distintas ramas de las ciencias sociales que se aplican a su estudio: historia diplomática, política internacional, consular, economía internacional, en fin, la total teoría de las relaciones internacionales.

² **SEPULVEDA, César**, *Derecho Internacional*. Editorial. Porrúa, S. Ed. México D.F, México. Págs. 3-5. Una definición muy simple y sin mucho énfasis al ámbito internacional a nuestro criterio ya que no hace referencia a las relaciones internacionales entre los Estados.

³ **LÓPEZ BASSOLS, Hermilo**, *Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instituciones Básicas*. Editorial. Porrúa S.Ed.. México D.F. Pág. 2. Esta definición resulta ser más acertada al mencionar de una manera más concreta las relaciones entre los diferentes sujetos de derecho internacional.

Público como un "ente preciso de reglas y normas jurídicas que ayuda a los Estados para que estos regulen sus relaciones internacionales entre estos". Pero en la actualidad en lo que corresponde al concepto de Derecho Internacional Público, conviene mencionar tres tipos de definiciones que se han dado al respecto como nos lo explican diversos autores⁴:

a) *Definiciones según sus destinatarios*: conforme a las cuales el Derecho Internacional Público es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados y demás Sujetos Internacionales por ejemplo: "Derecho Internacional Público es el conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre sujetos internacionales" .(Seara Vázquez);

b) *Definiciones según la materia*: Las cuales parten del carácter internacional de las relaciones reguladas, por ejemplo: "El derecho Internacional Público es el Conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones internacionales"(Guggheim); y por último las c) *Definiciones según la técnica de creación de las normas*: Las cuales consideran el procedimiento de su positivización, por ejemplo:"Conjunto de normas para un momento dado y que sin tener en cuenta el objeto ordenado y el sujeto obligado se han convertido como consecuencia de un procedimiento en internacionales". (Suy)

1.1.1 Distinción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado.

¿Cual sería en si la diferencia entre el Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado? La ciencia jurídica denomina

⁴ **ORTIZ AHLF, Loretta**, *Derecho Internacional Publico*, 2a Edición, Editorial. Harla 1993, México D.F. p. 5. De los conceptos expuestos anteriormente consideramos entonces que el Derecho Internacional Público es aquella rama del derecho que regula el comportamiento de los Estados y demás sujetos atípicos del Derecho Internacional, mediante un conjunto de normas determinadas por la comunidad internacional.

Derecho Internacional Privado, al conjunto de normas jurídicas que regulan las interrelaciones entre sujetos del derecho privado, en las que existen uno o varios elementos extraños al derecho interno de un Estado. El Derecho Internacional Privado es el derecho de la extraterritorialidad del derecho privado extranjero.⁵ El objeto del Derecho Internacional Privado como ciencia es, entonces, el estudio de las relaciones entre sujetos del derecho privado en las que a través de un elemento extraño al derecho interno del Estados se ponen en contacto dos o más ordenamientos jurídicos.⁶

El Derecho Internacional Privado es parte del Derecho Privado interno de un Estado. No existe diferencia alguna en cuanto a la naturaleza del derecho privado, sea éste llamado interno o internacional. La autonomía académico-científica, de la ciencia del Derecho Internacional Privado, no corresponde una autonomía normativa legislativa ni judicial. Las normas jurídicas, objeto de estudio por parte de la ciencia del Derecho Internacional Privado, se crean y se constatan como cualquier otra norma jurídica del derecho interno de los Estados (por ejemplo, el código civil salvadoreño al igual que el de comercio contienen normas consideradas por la ciencia jurídica como normas apegadas al Derecho Internacional Privado⁷).

1.1.2 Relación entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno de los Estados.

⁵ **GOLDSCHMIDT, Werner.** *Derecho Internacional Privado.* "El derecho internacional privado es el conjunto de normas indicadoras del derecho que resulta aplicable a un caso ius privatista con elementos extranjeros, inspirándose dichas normas en el respeto a la particularidad de tales elementos extranjeros" editorial El Derecho, México D.F, 1970, pág. 22 En un país no solamente se aplica el Derecho privado de éste sino también el derecho privado extranjero existente, unido indiscutiblemente al principio de extraterritorialidad del derecho, según lo expresa el autor citado.

⁶ **BATIFFOL, Hag.** *Droit International Privé,* 5ª Edición, Editorial Générale París, 1970, pág. 2. A nuestro criterio el objeto del derecho internacional privado es decir mucho más que un elemento extraño, son diferentes los elementos intervinientes en el objeto de esta ciencia por lo que no nos apegamos a lo que dice este autor.

⁷ Por ejemplo el derecho a la propiedad.

Si bien el derecho Internacional es un sistema jurídico específico que responde a sus mecanismos y organización propios, necesita que se actualice internamente. Esto se realiza mediante una recepción que realiza su contraparte es decir el Derecho Interno de un determinado Estado. Es indudable que existen varios autores que catalogan al derecho Internacional como una manera de extinguir la soberanía de un Estado. Sin embargo es de constatar que cada Estado perteneciente a las Relaciones Internacionales tiene su sistema específico de recepción del derecho Interno de acuerdo a características propias, que estas se encuentran dentro de la esfera de la soberanía de dicho Estado.

En la doctrina del derecho internacional existen dos escuelas en las cuales se disputa la explicación racional que existe entre los dos órdenes jurídicos⁸. Estas dos teorías han sido duramente criticadas. El internacionalista Charles Rousseau considero en su momento, que la controversia en relación a los dos ordenes jurídicos “es una discusión doctrinal, tanto mas que la práctica positiva no confirma con carácter absoluto, ninguna de las dos tesis en propuesta”⁹, sin embargo, es imposible dejar de referirse a ellas al tratar el tema entre la relación del derecho interno y el derecho internacional, pues es el punto de partida doctrinal para comenzar a determinar el problema.

1.1.2.1 El Dualismo

La teoría del Dualismo Jurídico en su forma pura, representada principalmente por Triepel y Anzilloti¹⁰, establece que el Derecho Internacional Publico y el Derecho Interno de los Estados son dos

⁸ **ACEVEDO, Domingo.** *Relación entre el derecho internacional y el derecho interno*, Revista IIDH San José Costa Rica, Vol. 16, 1992. Pp. 140-146. Estas son la teoría monista y la teoría dualista las cuales han sido muy criticadas, cada ordenamiento se encarga de establecer a que teoría se apegan.

⁹ **ROUSSEAU, Charles.** *Derecho Internacional Público*, 3ª edición, editorial ARIEL, Barcelona, España, 1966. P. 19. Según expresa el autor no se hace necesario confirmar la existencia total de una de las dos teorías ya que ni en la práctica se ve la utilización de ambas teorías.

¹⁰ **ORTIZ AHLF, Loretta**, op. cit. P. 6. Ambos autores afirman que "aunque existe alguna relación entre los dos ordenamientos jurídicos, se trata de dos sistemas separados".

órdenes jurídicos completamente distintos e independientes. Se diferencian tanto con sus fuentes como por sus ámbitos de validez no coincidentes, dando como resultado que entre ambos ordenamientos no pueden llegar a existir conflicto alguno. Triepel señala que los sistemas jurídicos se distinguen porque mientras el derecho interno rige en las relaciones internas del Estado, el Derecho Internacional Público lo hace en sus relaciones externas.

Por otra parte, el derecho interno de un Estado regula soberanamente a través de los órganos competentes las relaciones jurídicas de sus sujetos destinatarios, en tanto que, el derecho internacional solo regula las relaciones entre Estados estrictamente iguales. Finalmente podemos establecer que el derecho interno es el producto unilateral del proceso legislativo de un Estado, y el Derecho Internacional Público genera sus normas por la voluntad común de los mismos. Anzilloti a su vez nos indica los cuatro principios que se desprenden de su teoría Dualista¹¹:

a) No pueden existir normas internacionales o normas internas obligatorias en virtud de la norma básica del orden internacional; Las normas internacionales no pueden influir sobre el valor obligatorio de las normas internas y viceversa

b) Entre el derecho interno y el derecho internacional no puede existir conflicto en sentido propio; y El Derecho Internacional Público puede, sin embargo referirse al derecho interno y este al derecho internacional a partir de estas consideraciones el derecho internacional requería de un acto especial que lo incorporara al derecho interno.

¹¹ **BECERRA RAMÍREZ, Manuel**, *La Recepción Del Derecho Internacional En El Derecho Interno*, Instituto de Investigaciones Científicas, UNAM, México D.F. 2006, p. 13. No existe controversia entre el Derecho Internacional y el Interno, emanan de diferente orden, por lo que puede haber correlación o reciprocidad, pero no un conflicto de relación.

1.1.2.2 El Monismo

Los monistas proclaman la unidad de ambas ramas jurídicas en un solo sistema jurídico. Estas tesis parten de la concepción normativista de Hans Kelsen¹², según la cual, dentro de la unidad de todas las ramas del derecho en un mismo sistema jurídico, el *Ius Getium* es jerárquicamente superior al derecho interno, esto en razón de una norma hipotética fundamental (*Pacta Sunt Servanda*), por lo que el conflicto surgido en una norma internacional y otra Estatal es simplemente un conflicto entre una norma jerárquicamente superior y otra de jerarquía inferior.

Es decir que el derecho internacional, en este concepto, es adoptado automática y directamente por el derecho interno, como derecho internacional ya que no cambia su naturaleza jurídica, y se aplica como tal, como una norma de derecho internacional. En este caso, es necesario que sea auto aplicativo, en caso que un tratado no sea auto aplicativo se requiere una ley interna.¹³ Actualmente predomina entre los monistas la posición de dar prioridad al derecho internacional, sin que ello obste para que algunos autores sostengan lo contrario.

1.1.2.3 Tesis Coordinadoras o Conciliadoras

Dichas tesis parten, al igual que las tesis monistas, de la unificación de las distintas ramas jurídicas en un solo sistema. Se diferencian en que las relaciones entre ambas son de coordinación y no de subordinación. Entre los autores que siguen esta corriente destacan

¹² **ORTIZ AHLF, Loretta**, op. cit. P. 6 Kelsen rechaza los puntos básicos de la teoría dualista y mantiene que tanto el derecho interno como el derecho internacional son dos elementos de un solo concepto de derecho que se dirige al individuo.

¹³ **WILDHABER, Luzius**. *The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries*, Max-Planck Institute. 1988. Pp. 163 – 207 Se requiere de una ley interna para que el tratado internacional pueda aplicarse dentro del territorio del Estado que se adhiera o ratifique el tratado y se haga efectivo lo que manda el instrumento internacional.

Miaja de la Muela, Truyol, Luna y Verdross¹⁴. Después de exponer de forma general las tres corrientes básicas, resta preguntarnos si el derecho internacional vigente se ha adherido a una de ellas. Pastor Ridruejo¹⁵ sostiene que el derecho internacional positivo no ha tomado partido por los postulados del dualismo o monismo pero se ha establecido la primacía indiscutible del derecho internacional sobre el interno, postura que es discutida doctrinalmente.

Al efecto, el Art. 27 de la Convención de Viena¹⁶ sobre derecho de los tratados establece que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de tratados, salvo lo dispuesto en Art. 46, el cual determina que solo procede declarar la nulidad de un tratado opuesto al derecho interno cuando la violación a una norma fundamental de este sea manifiesta y evidente. Por su parte, la jurisprudencia internacional ha rechazado reiteradamente la tesis según la cual el Estado no está sujeto al derecho internacional. Por el contrario ha sostenido frecuentemente su subordinación a el.

Podemos citar el caso del Buque “Wimbledon”¹⁷, en el cual la Corte permanente Internacional de Justicia, afirma que, la soberanía Estatal pueda restringirse por un tratado internacional al expresar lo siguiente: “Sin duda, todo convenio que crea una obligación de este tipo (se refería a las obligaciones de hacer o no hacer, contraídas por un Estado) trae consigo una descripción al ejercicio de los derechos

¹⁴ **MIAJA DE LA MUELA, Adolfo.** *Introducción al Derecho Internacional Público*, 3ª edición, editorial Atlas, Madrid, España. 1960. Ellos parten de la unificación de las distintas ramas jurídicas en un solo sistema jurídico, pero que se diferencia porque su relación es coordinada y no de subordinación.

¹⁵ **PASTOR RIDRUEJO, José Antonio.** *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Universidad Complutense, Madrid, España. 1963. P. 92. El derecho Nacional y el Internacional forman parte de un sistema jurídico unitario, es decir que el derecho Internacional es parte del derecho Interno y también que existe una preeminencia de la ley internacional sobre la ley nacional.

¹⁶ **Art. 27** ()... Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado ()...

¹⁷ **REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO**, Vol. 6, número. 21, 2009. Copyright Sociedad de Economía y Derecho UPC. Lima, Perú. P. 25. La jurisprudencia internacional rechaza la tesis según la cual el Estado no está sujeto al derecho internacional, sino al contrario el Estado se encuentra subordinado a éste.

soberanos del Estado en el sentido que imprime a este ejercicio una dirección determinada”. Refiriéndose en este caso al principio *Pacta Sunt Servanda*¹⁸

Ahora bien, la consecuencia de declarar la superioridad del Derecho Internacional no produce efecto de declarar nulas automáticamente las resoluciones judiciales o decisiones contrarias al derecho interno. Su eficacia interna dependerá de la relación jerárquica establecida por el derecho interno.¹⁹ En primera instancia estamos de acuerdo con Charles Rousseau en el sentido de que “la controversia concerniente a las relaciones entre dos órdenes jurídicos es tan sólo una discusión doctrinal (discusión d’*école*), tanto más, cuando la práctica positiva no confirma con carácter absoluto ninguna de las dos tesis en presencia, es decir la superioridad una sobre la otra”²⁰.

1.1.2.4 Referencia al Sistema Jurídico Salvadoreño

Es necesario contextualizar el momento histórico en el cual se emitió la Constitución de El Salvador de 1983, la cual se sitúa al final de un largo conflicto armado interno. De ahí se desprenden el contenido de algunas de nuestras normas²¹. Se presenta a lo largo de los 274 artículos, el contenido de la parte dogmática en la cual se consagran una serie de derechos individuales, civiles, políticos y sociales, así como lo referente a

¹⁸ **NICOLTELLO, Nelson**, *Diccionario del Latín Jurídico*, Editorial B de F de responsabilidad limitada, 4ª edición, Buenos Aires, Argentina 2004. p. 226 Lo encontramos directamente en la Convención de Viena en su artículo 26 en el cual se expresa que todo tratado debe ser cumplido de buena fe.

¹⁹ En el supuesto de que internamente se le da prioridad al derecho interno sobre el internacional se origina responsabilidad internacional, cuando se incumplan las normas de este último

²⁰ **ROUSSEAU, Charles**, op cit. p. 19. Por lo que se refiere al sistema de incorporación del derecho internacional a lo que es el derecho interno, son los propios derechos internos los que establecen en última instancia si se requiere o no un acto especial de incorporación. De esta forma hay Estados que incorporan automáticamente el derecho internacional al derecho interno, y otorgan una jerarquía superior al primero. Por el contrario, otros Estados incorporan las normas del derecho internacional, previo acto especial de incorporación, como es el caso de nuestro sistema jurídico.

²¹ Así dentro de este contexto, nuestro país se organiza como un Estado soberano estableciéndose en el texto constitucional que la soberanía reside en el pueblo, y que esta se ejerce en la forma prevista y dentro de los límites de la constitución. Se establece en el artículo 1 el reconocimiento de la persona humana desde su concepción, como el origen y fin de la actividad del Estado, organizándose este para la consecución de la justicia, seguridad jurídica y bien común.

los estados de excepción, continuando en su desarrollo con la referencia a la organización Estatal. Dentro de esta se desarrollan las funciones de la clásica división tripartita de poderes, el poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, incluyéndose el Ministerio Público, Corte de Cuentas y Tribunal Supremo Electoral.²²

Dentro de nuestro sistema jurídico, en lo que respecta a los tratados internacionales, es necesario referirse a la Constitución de la República²³ en cuanto al tema en estudio, es decir la recepción y jerarquía que en el contexto constitucional se otorga a los tratados internacionales, podemos afirmar que de conformidad con el artículo 144 de la constitución; los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecerá el tratado.

Del contenido de la norma precitada, puede afirmarse que la jerarquía con la cual se recibe el derecho internacional, es la de ingresar al ordenamiento jurídico con rango supralegal.²⁴ Ahora bien, en lo referente a la relación de estos con la Constitución se prevé que no se

²² Los artículos 191 a 198 y 208 al 210 establecen las funciones del fiscal General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Procurador General de la República y Tribunal Supremo Electoral. Las tres primeras autoridades son electas por la Asamblea Legislativa por mayoría calificada de los dos tercios de los Diputados electos.

²³ **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR**, San Salvador, 15 de diciembre de 1983. Publicación DO: 16/12/1983 **Art. 144.-** “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.”

²⁴ **BERTRAND GALINDO. F.**, *Manual Constitucional, Tomo I*, Centro De Información Jurídica, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1996. P. 66. Señala que los tratados tienen rango de ley desde el momento en que entran en vigencia, esta es la tesis sostenida en la exposición de motivos de la república de El Salvador, en la cual se establece el principio de que los tratados internacionales, una vez entren en vigencia conforme a sus mismas disposiciones y a nuestra constitución este tratado se convierte en ley de la república. Además se señala en la misma que los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes secundarias, sean estas anteriores o posteriores a la vigencia del tratado, por lo que en caso de conflicto prevalecerá el tratado.

podrán ratificar los tratados que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan reservas no son ley de la República.

Este caso se refiere a situaciones futuras, aplicables para los casos en los cuales El Salvador no es parte, y respecto de los que se prevé la prohibición para los funcionarios que intervengan en el proceso de adopción de normas internacionales, de celebrar tratados que no se encuadren dentro del marco constitucional. Sin embargo, este precepto debe completarse con lo dispuesto en el artículo 149 de la ley fundamental.²⁵

En este apartado se aprecia la jerarquía que se establece para los tratados internacionales, al someterlos al control de constitucionalidad al igual que a una norma ordinaria, lo cual de manera expresa señala su carácter infraconstitucional, en concordancia con la norma contenida en el artículo 145 de la Constitución²⁶, y la cual puede presumirse aplicable a tratados preconstitucionales, pues los posteriores no podrían haberse ratificado si evidencian contradicción con la norma fundamental. Sin embargo, la Constitución va más allá y no se refiere únicamente al control de constitucionalidad que pueda desencadenar en inaplicación del precepto impugnado, sino se refiere también a la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, con lo que se contempla la exclusión del ordenamiento jurídico de una norma que contradiga la norma constitucional.

²⁵ **Art. 149** regula la facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, la cual se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia. La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta constitución para las leyes, decretos y reglamentos.

²⁶ **Art. 145** No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, amén que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se haga reservas no son ley de la República.

Lo anterior en referencia a las etapas que deben cumplirse para la incorporación de una norma internacional al derecho interno, el artículo 168 de la Constitución inciso 4º señala dentro de las atribuciones del Presidente de la República, la de: celebrar tratados y convenciones internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa y vigilar su cumplimiento. En ese orden de ideas, el artículo 131 numeral 7º prevé que corresponde a la Asamblea Legislativa, ratificar los tratados o pactos que celebre el ejecutivo con otros Estados u organismos internacionales, o denegar su ratificación. La norma contenida en el artículo 123 de la ley fundamental establece que el Legislativo podrá tomar decisiones por mitad mas uno del total de diputados electos, salvo diferentes mayorías que la propia Constitución establezca.²⁷

En términos generales será este el procedimiento que ha de seguirse para incorporar un tratado internacional a nuestro derecho interno. Sin embargo, se presentan casos en los cuales se requiere el cumplimiento de requisitos especiales. Así pueden señalarse prohibiciones y casos de mayoría calificada. En lo que respecta a prohibiciones, el artículo 146 prevé: No podrán celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesione o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana²⁸.

²⁷ **BERTRAND GALINDO; F.** *Manual De Derecho Constitucional*. Op. Cit. P. 69. Señala que en nuestro país el acto de celebración de un tratado es un acto complejo que requiere la concurrencia de voluntades de dos órganos, el ejecutivo al que le corresponde la facultad de celebrar los tratados y convenciones internacionales y al legislativo que le corresponde la ratificación de los mismos, artículos 168 numeral 4) y 131 numeral 7 respectivamente. El tratado así ratificado debe ser sometido a la sanción del órgano ejecutivo, de conformidad al artículo 135.

²⁸ Lo dispuesto en el inciso anterior se aplica a los tratados internacionales o contratos con gobiernos o empresas nacionales o internacionales en los cuales se someta el Estado, a la jurisdicción de un tribunal de un estado extranjero; esto no impide que, tanto en los tratados como en los contratos, el Estado en caso de controversia, someta la decisión aun arbitraje o a un tribunal internacional.

Esta norma, según se presente su interpretación extensiva o restrictiva podría limitar la ratificación por parte del Estado, de tratados internacionales que crean tribunales internacionales como el caso de la Corte Penal Internacional. Sin embargo resulta de interés mencionar la existencia de una cláusula que si permite diferentes formas de unión Centroamericana, y es la que contenida en el art. 89;²⁹ También propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América, en forma Unitaria, Federal o Confederada. El proyecto y bases de la unión se nos establece que se someterá a consulta popular. Lo anterior refleja que los tratados internacionales en estas materias podrán ser tan amplios que incluso podrá llegarse a aprobar, con fundamento constitucional, la reconstrucción de una República Unitaria o Federal Centroamericana. Así mismo al apoyarse la integración de las Repúblicas del istmo.³⁰

En lo que respecta a tratados que requieren mayoría calificada, puede señalarse el contenido del artículo 147 el cual indica que: Para la ratificación de todo tratado o pacto por el cual se someta a arbitraje cualquier cuestión relacionada con los límites de la República, será necesario el voto de las tres cuartas partes, por lo menos, de los Diputados electos. Cualquier tratado o convención que celebre el Órgano Ejecutivo referente al territorio nacional requerirá también el voto de las tres cuartas partes, por lo menos, de los Diputados electos.

²⁹ **Art. 89** el cual establece: El Salvador alentará y promoverá la integración humana, económica, social y cultural con las Repúblicas americanas y especialmente con las del istmo Centroamericano. La integración podrá efectuarse mediante tratados o convenios con las repúblicas interesadas, los cuales podrán contemplar la creación de organismo con funciones supranacionales.

³⁰ **CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA**, *La Corte de Managua. Defensa de su institucionalidad*, editorial Somarriva, Managua, Nicaragua, 1997. P. 15. Tal es el caso de lo sucedido dentro del marco de la integración regional centroamericana, con ocasión de la celebración de la XI reunión Cumbre de Presidentes Centroamericanos, en la cual se produjo la Declaración de Tegucigalpa, en diciembre de 1991, a la carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), creándose el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), el cual en su artículo 12 establece la creación de la Corte Centroamericana de Justicia, cuya competencia, fue aceptada y ratificada por nuestro país, siendo este de los tres Estados cuya ratificación le permitió su entrada y vigencia a la citada corte el 2 de febrero de 1994

Puede apreciarse que el tipo de mayoría requerido se debe a la trascendencia de los tratados que se adoptan, pues estos se refieren al territorio nacional. Asimismo, de conformidad con lo expuesto en los apartados precedentes, el derecho interno de nuestro país no reconoce ninguna jerarquía especial a los tratados celebrados en materia de derechos humanos, ya que en forma global se reciben dentro del derecho interno, como leyes de la República, señalándose que estas últimas no podrán modificar aquellos, y que de existir conflicto entre ambos prevalecerá el tratado. Pero dentro del ámbito de los tratados, estos no se clasifican por razón de la materia para su reconocimiento jerárquico.

1.2. Fuentes del Derecho Internacional Público

En la determinación acerca de las fuentes del derecho internacional público, es necesario hacer plena referencia al apartado primero, del artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia³¹, en el cual se nos establece literalmente lo siguiente: La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 de este mismo cuerpo normativo.

³¹ **ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**, Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, Adopción: 26 de junio de 1945, DO 17 de octubre de 1945. Art. 38. Nos hace una enumeración de las medidas que deberá aplicar para la resolución de conflictos.

La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*³², si las partes así lo convinieren. Partiendo de la afirmación anterior, podemos indicar como fuentes autónomas del derecho internacional público las siguientes: La Costumbre Internacional, los Tratados y los Principios Generales del Derecho; y como fuentes auxiliares: las Decisiones Judiciales y la Doctrina, esto se debe a que ambas requieren para su aplicación la existencia de una fuente autónoma que las apoye.

1.2.1 Los Tratados Internacionales

Los Tratados Internacionales son acuerdos entre sujetos de derecho internacional, regidos por el derecho internacional público refiriéndonos con ello a los sujetos típicos y atípicos, de los cuales haremos referencia mas adelante. Pero ¿que es un Acuerdo Internacional?, entenderemos de manera general que un acuerdo es, cuando se unen las opiniones o puntos de vista de sujetos de orden jurídico internacional, sobre cuestiones o problemas que surgen en sus relaciones internacionales se crean los acuerdos internacionales, *lato sensu*.

1.2.1.1 Definición de Tratados Internacionales Conforme a la Convención de Viena

La Convención de Viena define a los tratados Internacionales en su artículo 2, párrafo 1 que dice³³: Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional Público, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualesquiera que sea su denominación particular. Al tener establecido lo que en la convención se entiende por tratado

³² *ex aequo et bono*: según lo correcto y lo bueno.

³³ **CONVENCIÓN DE VIENA** sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. El cual podemos decir que es un concepto simple de lo que debe entenderse por tratado internacional.

internacional, podemos determinar que se aplica únicamente a: 1) Tratados celebrados entre Estados, 2) Por escrito y 3) Regidos por el Derecho Internacional Público.

Cabe mencionar que la Corte de Derecho Internacional decidió circunscribir la convención a los acuerdos celebrados entre Estados, excluyendo los concluidos entre Estados y Organismos Internacionales, debido a que según la comisión, se hubiera complicado y retrasado excesivamente la preparación del proyecto. Por lo anterior se decidió que los tratados celebrados entre Organismos Internacionales y Estados, o viceversa, serían objeto de otra convención, la cual fue adoptada el 21 de marzo de 1986³⁴.

Por otro lado, los acuerdos celebrados entre un Estado y un particular, sea persona natural o jurídica, no son tratados si no simples acuerdos. En una sentencia que pronunció el Tribunal de la Haya se manifiesta que esta no tiene competencia debido a que es un acuerdo entre un Estado y una sociedad Iraní.³⁵ Mediante los acuerdos que se tomen se pueden delimitar las acciones u omisiones entre las relaciones que tendrán los Estados con las Organizaciones Internacionales, que bien pueden ser empresas o personas naturales.

Por ejemplo situaciones sobre la propiedad de un territorio, uno de los ejemplos más claros en la actualidad son los acuerdos que Estados

³⁴ La Corte de Derecho Internacional en su 52o Período de Sesiones (2000) decidió incluir el tema "Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales" en su programa a largo plazo. En su 54o Período de Sesiones (2002) designó a Giorgio Gaja como relator especial en el Tema. Entre sus 55o (2003) y 59o Período de sesiones (2007) recibió y examinó cinco informes del Relator Especial (Giorgio Gaja) y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1 a 45.

³⁵ **CASO DE LA ANGLO – IRANIAN OIL COMPANY** (Fondo) Partes: Gran Bretaña c/ Irán-Sentencia del 22 de julio de 1952, Fuente: I.C.J. Reports 1952, p. 93. Gran Bretaña, ejerciendo la protección diplomática de la sociedad de su nacionalidad Anglo – Iranian Oil Co., apela a la Corte, a la que considera competente para conocer de su diferendo con Irán, por la nacionalización de la industria petrolera que afecta a la nombrada empresa británica. Irán objeta la competencia del Tribunal, ya que la actora carece de personería para actuar en una controversia entre el gobierno iraní y la Anglo – Iranian. Además, tratándose de una cuestión de ejercicio de la soberanía iraní, el diferendo corresponde exclusivamente a la competencia interna de Irán.

petroleros³⁶ desarrollan con empresas internacionales para la extracción del producto, y como los acuerdos se regulan mediante el derecho internacional,³⁷ El segundo de los requisitos es que sea de forma escrita, excluyendo de esta forma los acuerdos verbales, en la actualidad no se puede establecer una responsabilidad contraída por países solo de manera verbal, a pesar de ello la Convención de Viena no afectaría el valor jurídico si este fuese el caso.

Seguidamente la Convención de Viena determina que los tratados internacionales celebrados entre Estados y por escrito, se encuentren regidos por el Derecho Internacional Público. De esta forma quedan excluidos los acuerdos celebrados entre Estados regulados por el derecho interno de alguna de las partes o por algún otro gobierno a otro, como por ejemplo en el caso particular de un terreno edificio para embajada, el cual quedaría sujeto al derecho interno de uno de los Estados.

1.2.1.2 Proceso de Celebración del Tratado

La celebración de tratados constituye una de las herramientas fundamentales de la política exterior de todos los Estados. Las negociaciones, los intercambios de ideas y opiniones, la expresión de los intereses propios y la atención de los ajenos, deben concretarse, en cierto momento, de manera formal. De esta forma, los compromisos quedarán firmes, afianzando las relaciones tanto a nivel bilateral como multilateral.

1. 2.1.2.1 Otorgamiento de los Plenos Poderes.

El otorgamiento de los plenos poderes para negociar, autenticar, o adaptar el futuro Tratado constituye una fase previa durante la cual las

³⁶ Por ejemplo en una controversia sobre el caso planteado entre Los Emiratos Árabes de Bahréin y Qatar la Corte Internacional de Justicia, determino si dicho acuerdo era vinculante o no.

³⁷ **KLABBLERS, Jan.** *Qatar vs Bahrain, The concept of the "treaty" in the international law.* AVR 33, 1995, p. 361. Por existir normas y tratados multilaterales que cumplir, porque existen otros tratados que pueden violentarse al regularse solamente a nivel interno, además así se someten a la jurisdicción internacional en caso de conflicto entre los Estados contratantes.

autoridades nacionales competentes designan a sus representantes.³⁸ La Convención de Viena deja la reglamentación de esta materia al derecho interno de los Estados³⁹. Según el Art. 2, apartado 1.c)⁴⁰, por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, adopción o autenticación del texto de un Tratado.

1.2.1.2.2 Negociación.

Para ponerse de acuerdo en el texto a tratar un requisito indispensable es la negociación. Se considera que son Estados negociadores aquellos que participan en la elaboración y adopción del texto. En el derecho español, el inicio del Tratado corresponde al Gobierno Central, ni el Jefe del Estado, ni las Cortes, ni las Comunidades autónomas pueden forzar un tratado, pero pueden instar al Gobierno para que lo haga.

Para la consecución de estos fines, el Ministro de Asuntos Exteriores pedirá al Consejo de Ministros la obtención de la plenipotencia (poderes absolutos). Dicho Ministro depositará esos poderes en representantes del Estado, que son quienes representarán al país en la negociación. La fase de negociación es la más larga, puede durar varios años realizar un texto definitivo que satisfaga a las partes. Durante esta fase deben determinarse el objeto, fin y contenido del tratado, y también la redacción del mismo.

³⁸ Fase que transcurre dentro de cada Estado.

³⁴ **CONVENCIÓN DE VIENA sobre el derecho de los tratados**, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

⁴⁰ **Artículo 2:** "Términos empleados 1. Para los efectos de la presente Convención... c) se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado o del órgano competente de una organización internacional y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado o a la organización en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado()..."

1.2.1.2.3 Adopción del Texto.

Adoptar significa consentir que todos los participantes se pongan de acuerdo en su redacción definitiva. Anteriormente era necesario el voto favorable de todos los Estados negociadores. Con la proliferación de los Tratados internacionales multilaterales se pasó al sistema de mayorías (art. 9 de la Convención de Viena de 1969). Este artículo establece la práctica general del voto favorable y unánime pero se trata de una práctica residual. Mayoritariamente se aplica su punto segundo que establece que la adopción del texto se hará por una mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes a no ser que los Estados decidan por igual mayoría una regla diferente.⁴¹

1.2.1.2.4 Autenticación

La siguiente fase es la de autenticación. Este acuerdo queda fijado de manera solemne como el contenido definitivo auténtico e inalterable del tratado. Según el artículo 10 de la Convención de Viena de 1969 la autenticación se hará de modo previsto por la Convención o por otro acuerdo de los Estados. En general se utiliza la firma ad referendum, la firma o la rúbrica. Esto no obliga a cumplir con el Tratado. En países como España la autenticación se produce por la firma del Rey.

1.2.1.2.5 Manifestaciones del Consentimiento Pleno.

Los Estados participantes deciden en esta fase si quieren ser parte o no del Tratado. Si aceptan se someten al Tratado. Los que no aceptan no quedan obligados. En la práctica esta prestación del consentimiento se realiza bien de forma solemne, bien de forma simplificada. De forma solemne o formal esta vía se utiliza en los casos en

⁴¹ El Art. 9 del Convenio de Viena distingue dos procedimientos de adopción del texto:
1. ° Normalmente, se efectuará por el consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración
2. ° En el caso especial de adopción del texto por una Conferencia internacional, ésta se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que los Estados decidan por igual mayoría una regla diferente.

los que debido a la importancia de la materia se exige solemnidad en la forma de prestación del consentimiento. Esta solemnidad se exige a través de la ratificación. El significado de este término ha ido evolucionando. Tradicionalmente era un acto del soberano confirmando un Tratado celebrado por un mandatario o representante del soberano. A partir del siglo XIX (constitucionalismo moderno) la ratificación se configuró como un mecanismo de control del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo.

De este modo el Gobierno no puede obligarse con otros Estados en relación a determinadas materias sin la autorización del Legislativo. La ratificación es una forma solemne que históricamente fue la usual: Hugo Grocio⁴² explicó la ratificación considerando al Tratado dentro de la teoría del contrato. Un segundo paso se dio al abandonarse la teoría del mandato, sustituyéndola por la llamada "reserva de ratificación"⁴³.

1.2.1.2.6 Manifestación del Consentimiento Con Reservas.

Según el artículo 2.1.d) de la Convención de Viena de 1969 "se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o adherirse a él *con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.*"

Las reservas, por lo tanto, tienen únicamente sentido respecto de los tratados multilaterales. Pues, como afirma la Comisión de Derecho

⁴² **ARRIOLA, Jonathan**, *Hugo Grocio, En los orígenes del Pensamiento Internacional Moderno*, Universidad ORT, Facultad de Administración y Ciencias Sociales, Documento de Investigación No 59, Uruguay, 2010. P. 83. El Jefe del Estado (tomando como ejemplo la monarquía) no actuaba por si mismo en la celebración de los Tratados, sino mediante sus mandatarios o representantes a quienes concedía "plenos poderes" a tal efecto, pero reservándose el Soberano la facultad de aprobar lo hecho por ellos mediante el instrumento jurídico de la ratificación.

⁴³ Otras formas de manifestación del consentimiento, según el Art. 11 de la Convención de Viena son: La firma, el canje de instrumentos que constituyen un Tratado, la aceptación, la aprobación, la adhesión o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

Internacional, "las reservas a los tratados bilaterales no plantean problema alguno, porque equivalen a una nueva propuesta que hace que se reanuden las negociaciones entre los dos Estados si llegan a un acuerdo, aceptando o rechazando la reserva se celebrará el tratado; de lo contrario no se celebrará"⁴⁴.

1.2.1.2.7 Desde la Manifestación del Consentimiento a la Entrada en Vigor.

Es de ámbito internacional. Se entiende por entrada en vigor de un Tratado el momento en que comienza su vigencia. En los Tratados bilaterales, la entrada en vigor suele coincidir con la prestación del consentimiento. En las grandes convenciones multilaterales, la entrada en vigor suele hacerse depender cada vez más de la recepción de un determinado número de ratificaciones o adhesiones (manifestaciones del consentimiento) y del transcurso de un plazo tras la citada recepción.

Aunque por regla general los tratados comienzan a surtir efecto a partir de su entrada en vigor, no siempre ocurre. Para fijar el comienzo de la obligatoriedad y de la aplicabilidad, la Convención de Viena combinó el criterio del momento de otorgamiento del consentimiento con el de voluntad de las partes: Respecto de los Estados que hayan manifestado el consentimiento antes de la entrada en vigor. Según el Art. 24, 1 y 2 de la Convención⁴⁵, el Tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha

⁴⁴ A modo de ejemplo: los Estados A, B, C y D firman un Tratado. En el momento de la prestación de su consentimiento, el Estado D hace una reserva a un artículo del tratado. La reacción de los demás Estados puede ser diferente: A acepta la reserva, en cuyo caso se aplicará entre A y D el Tratado con el contenido según la reserva. B hace una objeción simple a la reserva, en cuyo caso se aplicará el Tratado entre B y D, excepto la parte de la reserva. C hace una objeción cualificada a la reserva; en este caso el Tratado no se aplicará entre C y D.

⁴⁵ **Artículo 24 Entrada en vigor** 1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras. 2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores y todas las organizaciones negociadoras o, según el caso, de todas las organizaciones negociadoras en obligarse por el tratado.

que en el mismo se disponga o cuando lo acuerden los Estados negociadores o, a faltas de disposición o acuerdo expreso, cuando haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores.

Pero existen excepciones, una genérica reglamentada en el art. 18 de la Convención⁴⁶, que refleja el principio de la buena fe, según el cual, los Estados se comprometen a abstenerse de actos que puedan frustrar el objeto y el fin de los Tratados durante el período que media entre la prestación del consentimiento y la entrada en vigor del Tratado. Una excepción específica de alcance parcial prevista en el Art. 24, 4 según la cual las disposiciones relativas a la propia autenticación, a la constancia del consentimiento, a la manera y fecha de la entrada en vigor, a las reservas, a las funciones del depositario y a aquellas otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de su entrada en vigor.

Se aplicarán desde el momento de la adopción del texto del Tratado (antes de su entrada en vigor). Y una excepción específica de alcance total prevista en el Art. 25 de la Convención de Viena⁴⁷, según el cual Tratado en su conjunto se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor siempre que así se prevea en el propio Tratado o los Estados negociadores así lo convengan. Respecto de los Estados que hayan manifestado el consentimiento después de la entrada en vigor. El

⁴⁶ **Artículo 18** “Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor Un Estado o una organización internacional deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ese Estado o esa organización ha firmado el tratado o ha canjeado los instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, de un acto de confirmación formal, de aceptación o de aprobación, mientras ese Estado o esa organización no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) si ese Estado o esa organización ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado durante el período que preceda a su entrada en vigor y siempre que ésta no se retarde indebidamente”.

⁴⁷ **Art. 25 Aplicación provisional** 1. “Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor: a) si el propio tratado así lo dispone; o b) si los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras han convenido en ello de otro modo. 2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado o de una organización internacional terminará si ese Estado o esa organización notifica a los Estados y a las organizaciones con respecto a los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras hayan convenido otra cosa al respecto”.

Art. 24.3⁴⁸ estipula que el Tratado entrará en vigor para cada Estado en particular a partir del momento en que manifiesten su consentimiento, salvo que en el Tratado se disponga otra cosa.

1.2.1.2.8 Depósito

La figura del depósito apareció con los tratados multilaterales, sobre todo a partir del siglo XIX. Con anterioridad al siglo XX, tiempo en el que la mayoría de los tratados era bilaterales, no se hacía necesario un depositario pues, cuando se celebraba un tratado entre dos Estados, éstos intercambiaban, y lo siguen haciendo, los instrumentos adecuados para su eventual ratificación posterior. El Gobierno de turno, luego de aprobación del Legislativo. De esta manera se inicia la vigencia de la aplicación del tratado bilateral.

1.2.1.2.9 Funciones del Depositario

- Custodiar el texto original del tratado, los poderes que se le hayan remitido (poderes que acreditan las facultades de las personas que han representado a los Estados) y custodiar todas las comunicaciones y notificaciones relativas al tratado.
- Recibir las firmas y demás notificaciones relativas al tratado por parte de los Estados que deseen formar parte del mismo en el futuro.
- Expedir copias certificadas del tratado.
- Controlar la regularidad de los instrumentos y notificaciones relativas al tratado, es decir, si se han realizado en la forma debida de acuerdo a la legislación de cada estado parte.

Con anterioridad al siglo XX no se exigía que los tratados internacionales fueran publicados o registrados. Esto dio lugar a la

⁴⁸ **Artículo 24.3** Entrada en vigor: "... Cuando el consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará en vigor con relación a ese Estado o a esa organización en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa..."

práctica de los "Tratados secretos" que resultaron ser extremadamente perniciosos para el resto de los países pues se formaron alianzas secretas que, por ejemplo, fueron decisivas para el estallido de la Primera Guerra Mundial. Con el fin de que situaciones como ésta no se repitieran, se quiso instaurar, a través del sistema de la Sociedad de Naciones, un sistema de diplomacia abierta. En este sentido el artículo 18 del pacto de la Sociedad de Naciones estableció que los Tratados no registrados no serían obligatorios.

La institución del depositario nace a fin de facilitar la solución de una serie de necesidades propias de los tratados multilaterales. Una vez ratificado un tratado bilateral, se procederá al intercambio de los instrumentos de ratificación entre ambas Partes Contratantes, las cuales tendrán así, constancia del otorgamiento por la otra de su consentimiento en obligarse. El depósito de los Tratados va ligado al nacimiento de los Tratados multilaterales⁴⁹, con el fin de facilitar y agilizar el desempeño de tales funciones, se fue imponiendo la práctica consistente en designar un solo depositario para que custodie el ejemplar original del Tratado.

1.2.1.3 Observancia y Aplicación de los Tratados

El principio básico que rige la observancia de los tratados es el enunciado en el Art. 26 de la Convención de Viena. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe (*principio Pacta Sunt Servanda*), según este principio todo tratado entra en vigor para las partes desde una determinada fecha, a partir de la cual, deben ejecutarlo de buena fe.⁵⁰ Esta observancia de los tratados no se vera obstaculizada por el hecho de que existan normas de derecho interno contrarias a los

⁴⁹ En los Tratados multilaterales celebrados fuera del ámbito de una Organización internacional, las funciones de depositario han sido encomendadas tradicionalmente a los Estados, y generalmente a aquel en cuyo territorio el Tratado ha sido firmado.

⁵⁰ **BOHDAN T. Halajczuk, María Teresa Del R. MOYA DOMÍNGUEZ**, *Derecho Internacional Público*, EDAR S.A de C.V, 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1999. Pág. 103. Constituye un principio básico del derecho internacional por lo que se encuentra reflejado textualmente en la Convención de Viena en su art. 26.

mismos. Los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado⁵¹. Únicamente podrá solicitarse la nulidad relativa de un tratado por oponerse a normas fundamentales de derecho interno, cuando las violaciones sean manifiestas y evidentes.⁵²

En cuanto a la aplicación de los tratados, la Convención regula los siguientes aspectos: *La aplicación de los tratados en el tiempo*⁵³, *La aplicación territorial del tratado*⁵⁴ y *La aplicación de tratados sucesivos que contengan disposiciones: referentes a la misma materia*⁵⁵. A veces acuerdan de antemano declaraciones de compatibilidad, que afirman la ausencia de contradicciones entre los tratados sucesivos. También se promulgan estipulaciones de incompatibilidad, que sacrifican uno de los tratados incompatibles, como puede ser el tratado bilateral incompatible con el multilateral anterior. La Convención de Viena de 1969 dio una

⁵¹ **CONVENCIÓN DE VIENA Art. 27:** El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados 1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. 2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado. 3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁵² **Ibíd. Art.46.** “1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”

⁵³ **Art.28:** la regla general al respecto es que los tratados no se aplicaran retroactivamente, según el principio de irretroactividad de los tratados, disponiendo que un tratado no obliga a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado, ni de ninguna situación que en dicha fecha haya dejado de existir. sin embargo los Estados tienen la opción de extender los efectos del tratado a situaciones anteriores cuando así lo dispongan.

⁵⁴ **Art.29:** Los tratados se aplicarán en su totalidad del territorio de cada Estado parte, salvo que las partes tengan una intención diferente.

⁵⁵ **Art.30:** este problema se refiere a las relaciones jerárquicas entre tratados vigentes, sobre la misma materia, que se aplican a las mismas partes o a partes diferentes. El Art. 30 comienza reconociendo la primacía que tienen las obligaciones contraídas por los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas frente a otras derivadas de distintos tratados. Contempla además la situación de un tratado que especifica que esta subordinado a uno anterior o posterior, o que no es incompatible con el, prevalecerán las disposiciones de éste último. Las obligaciones que imponen diversos tratados pueden contradecirse. Para la solución de los litigios de esta índole se aplican los principios generales del derecho: la ley posterior deroga a la anterior; en todo derecho lo genérico es derogado por lo específico; lo primero en el tiempo es posterior en el derecho.

solución a este problema, contemplando una serie de situaciones antes mencionadas que pueden presentarse en la práctica.⁵⁶

1.2.1.4 Interpretación de los Tratados

Labor interpretativa es consustancial con la aplicación de la norma, hasta el punto de que la práctica convencional y la doctrina hacen aparecer frecuentemente ambos términos como sinónimos. Por lo que se hace necesario determinar el alcance de las normas jurídicas contenidas en el mismo. La Comisión de Derecho Internacional, en su labor de desarrollar y codificar las reglas en materia de interpretación de los tratados, enuncia los principios básicos:

- *Principio del sentido corriente de los términos:* En el seno de la Comisión de Derecho Internacional se decidió que el método de interpretación de los tratados sería textual objetivo o lógico-gramatical.⁵⁷ Al respecto La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece, en su artículo 31, la regla general de interpretación de los tratados "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"⁵⁸. El mismo artículo 31 menciona una excepción al principio general antes mencionado, el establecer que se dará a un término un sentido especial si consta que esa fue la intención de las partes.

- *Principio del contexto:* los componentes de este, según la Convención de Viena, son: a) El texto, incluidos sus preámbulos y sus

⁵⁶ ORTIZ AHLF, Loretta, op. cit. Pág.111

⁵⁷ *Ibid.* P 23. El método textual objetivo toma en cuenta el significado estricto de las palabras que se emplean en el texto y busca siempre su sentido amplio y ordinario, mientras que el método lógico-gramatical hace referencia que debe interpretarse de la manera simple, en su sentido corriente, natural y ordinario de las palabras dentro de contexto del mismo tratado.

⁵⁸ GOMEZ ROBLEDO, Alonso, *Derecho Internacional, Temas Selectos, "Estudios de Derecho Internacional Público"*, UNAM vol. XII, 5ª edición, México D.F, México 2008. P. 195. La interpretación no se realiza aisladamente ni en abstracto, sino dentro del propio contexto del tratado.

anexos; b) todo acuerdo que se refiera al tratado, y que haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; c) todo instrumento formulado por una o mas partes con motivo de la celebración del tratado, y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. Los preámbulos debe considerárseles, sin perjuicio de su valor normativo, estimables en la interpretación de las disposiciones articuladas al texto.

- *Principio de la conformidad con el objeto y fin del tratado:* La función interpretativa debe adecuarse al propósito que guió a las partes a contratar, este principio se aplica a todo el tratado y a cualquiera de sus disposiciones.

- *Principio de Buena Fe:* Es considerada como un principio general al igual que en los derechos internos. En materia de tratados puede entenderse la buena fe en dos sentidos distintos: el subjetivo, el cual implica un espíritu de lealtad, de intención recta, que debe predominar a nivel conclusión del acuerdo internacional; y el objetivo donde se considera como un criterio utilizable en la interpretación de situaciones jurídicas nacidas a propósito del tratado.

La Convención de Viena en su Art. 31 establece que un tratado deberá interpretarse de buena fe⁵⁹ conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin, sin embargo, el mismo cuerpo normativo en su Art. 32⁶⁰ permite acudir a medios complementarios de interpretación, en lo

⁵⁹ **GUTIERREZ POSSE, Moncayo Vinuesa**, *Derecho Internacional Publico Tomo I*, Zavalia editores S.A., 3ª edición, Buenos Aires, Argentina 1990 p.12. El tratado debe leerse, en cierto sentido, como un todo, de modo que una cláusula pueda invocarse para ayudar explicar la ambigüedad de otra; que no debe considerarse que las partes hayan pretendido algo absurdo; y así por el estilo.

⁶⁰ **Artículo 32 “Medios de interpretación complementarios**, Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deja ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

concerniente a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración siempre que la interpretación realizada conforme a los principios del Art. 31 resultare ambigua u oscura, o manifiestamente absurda o irrazonables.

En el caso de los tratados autenticados en varios idiomas la Convención de Viena en su Art. 33 dispone los criterios a los que debe acudirse: 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará fe igualmente en cada uno de ellos; a menos de que en ellos se disponga lo contrario. En caso de discrepancia prevalecerá uno de ellos. 2. Una versión del tratado en idioma diferente de aquel en que haya sido autenticado, el texto será considerado como texto autentico únicamente si el tratado lo dispone así. 3. Se presume que los términos del tratado tienen igual sentido en cada texto autentico.

1.2.1.5 Los Tratados y los Terceros Estados

"Los tratados no crean obligaciones ni derechos para terceros Estados sin su consentimiento" estipula el Art. 34 del Convenio de 1969. Expresa simplemente el notorio principio del derecho romano: *Res inter alios acta nec nocere nec poere potest* (lo celebrado entre otros no puede ni dañar ni ayudar),⁶¹ que tiene su razón de ser en derecho internacional en la igualdad jurídica de los Estados que los hace soberanos e independientes unos de otros⁶². La Convención de Viena en su Art.2⁶³ entiende por tercer Estado a aquel que no es parte en el tratado.

⁶¹ **BOHDAN T. Halajczuk, María Teresa Del R. MOYA DOMÍNGUEZ**, op cit. P 111. Principio que ha sido incorporado al derecho internacional con anterioridad.

⁶² **GUTIERREZ POSSE, Moncayo Vinuesa op. cit. p. 122**. La doctrina discute si esta regla puede o no tener excepciones en lo que hace al otorgamiento de derechos a favor de terceros Estados, una parte de la doctrina entiende que, si tal es la intención de las partes, un tratado puede producir este efecto aun cuando los terceros Estados no estén obligados a aceptar o ejercer el derecho.

⁶³ Artículo 4: "...h) se entiende por "tercer Estado" y por "tercera organización", respectivamente: i) un Estado, o ii) una organización internacional, que no es parte en el tratado;..."

Así mismo en el Art.34 establece la regla general de que un tratado no crea obligaciones, ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento. Por tanto un tratado producirá efectos a terceros siempre que éstos den su consentimiento, siendo necesario hacerlo por escrito de forma expresa.⁶⁴ Un tratado puede imponer una obligación a un tercer Estado bajo una doble condición, como estipula el Art. 35 del Convenio de 1969, si tal es la intención de los Estados firmantes y si expresamente acepta esa obligación el respectivo Estado no firmante. La revocación o modificación de una obligación de esta clase necesita la aprobación de los Estados firmantes del tratado y del tercer Estado (Art. 37). Sin embargo, aun sin tal aceptación, son obligatorios para terceros Estados ciertos convenios que establecen un status territorial o, en general, crean una situación jurídica objetiva.

1.2.1.6 Nulidad de los Tratados

Se considera que un tratado ha sido válidamente concluido si el *consentimiento* ha sido expresado por quien tiene *capacidad* para hacerlo y se ha otorgado en forma consciente y libre. Sin embargo, el derecho internacional contemporáneo requiere, además, que el *objeto* del tratado sea lícito, es decir, que no sea contrario a una norma imperativa de derecho internacional general⁶⁵. Si alguno de estos requisitos no se cumple, la consecuencia será la anulabilidad o la nulidad del tratado, o del consentimiento dado por el Estado en obligarse por aquél.

En el primero de estos supuestos (la anulabilidad), el Estado que considera haber otorgado inválidamente su consentimiento podría, con su conducta ulterior, dar aprobación a la validez del acto; el tratado seguiría en vigor y produciría todos los efectos jurídicos que con él se pensaban

⁶⁴ **ORTIZ AHLF, Loretta, op. cit. P25.** No se puede obligar a un Estado que no ha manifestado ser parte de un tratado internacional ya sea porque ratificó o se adhirió a dicho instrumento internacional.

⁶⁵ **GUTIERREZ POSSE, Moncayo Vinuesa op cit p 130.** De ser contrario al objeto del tratado puede ser objeto de nulidad.

alcanzar. En el segundo de los casos (nulidad del consentimiento dado por el Estado en obligarse) a fin de preservar el orden público internacional, la nulidad se produciría automáticamente y el tratado no sería susceptible de confirmación posterior por la voluntad de las partes.

La Convención enumera, en los Arts. 46 a 53, las causales de nulidad de los tratados. Estas se refieren a la capacidad, al consentimiento y al objeto lícito.⁶⁶

- *Capacidad:* La capacidad en esta materia no se refiere ya a la de las partes, puesto que el Art. 6⁶⁷ afirma la de todos los Estados para celebrar tratados, sino a la de los representantes del Estado;

- *Consentimiento:* La Convención recoge, en general, la doctrina de los vicios del consentimiento desarrollado en los distintos derechos internos, en tanto que principios generales de derecho, sin plegarse a los criterios de clasificación elaborados en distintos derechos privados. Según la Convención se configuran los siguientes vicios del consentimiento, que pueden ser invocadas únicamente por la parte afectada:

1) Violación a una norma de derecho interno:⁶⁸ el artículo 46 dispone el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado, haya sido manifestado con violación de una disposición de su derecho interno, concerniente a la competencia para celebrar tratados,

⁶⁶ **GUTIERREZ POSSE, Moncayo Vinuesa** *Ibíd.* p 132. Debemos entender por objeto lícito al contenido de la prestación se encuentre de acuerdo a la ley, es decir que no violente ni altere ninguna ley

⁶⁷ **Artículo 6 Capacidad de las organizaciones internacionales para celebrar tratados** La capacidad de una organización internacional para celebrar tratados se rige por las reglas de esa organización.

⁶⁸ **ORTIZ AHLF, Loretta**, op. cit. P 27 1. **Art. 46 Convención de Viena** "...El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental..."

no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio en su consentimiento, a menos que esta sea manifiesta, es decir que resulta evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe, y afecte a una norma de fundamental importancia del derecho interno. Esta causal ya no es válida cuando el Estado ha convenido expresamente que el tratado es válido o se ha comportado de manera tal que se deduzca su conformidad con el tratado⁶⁹.

2) Restricción a los poderes del representante: Esta causal hace referencia a la hipótesis de un representante de un Estado ha sido limitado aunque posea el poder para manifestar su consentimiento, por lo que hace caso omiso de dichas restricciones; esta causal de nulidad debe ser notificada previamente a los demás Estados negociadores. Según el Art. 51 del Convenio de 1969, carece de todo efecto jurídico un tratado, si el representante de un Estado parte expresó el consentimiento coaccionado por actos o amenazas, dirigidos contra él personalmente. De tal modo alcanzó jerarquía de norma convencional un principio general del derecho, tradicionalmente admitido en la doctrina.⁷⁰

3) Error: Puede alegarse error (Art. 48⁷¹), únicamente si se refiere a un hecho o una situación, cuya existencia diera por supuesta el respectivo Estado, en el momento de la celebración del tratado, y que constituyera una base esencial de su consentimiento. La parte que invoca

⁶⁹ **BOHDAN T. Halajczuk, María Teresa Del R. MOYA DOMÍNGUEZ, op cit. P 116.** O sea que sería delictiva la terminación o denuncia de un tratado o retiro de él que no encuadre dentro del articulado del convenio, como también la suspensión del tratado.

⁷⁰ **Ibíd. P. 120.** Es distinto el caso del art. 52 que califica de nulo el tratado cuya celebración fue obtenida por el uso o la amenaza de la fuerza, con violación de los principios de la Carta de la ONU.

⁷¹ **Artículo 48 Error** 1. Un Estado o una organización internacional podrá alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado si el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado o esa organización en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado. 2. El párrafo 1 no se aplicará si el Estado o la organización internacional de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error. 3. Un error que concierna sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará a la validez de éste; en tal caso se aplicará el artículo 80.

el error como causal de nulidad debe demostrar que no procedió de mala fe y que su comportamiento no fue negligente; es de resaltar que el error no invalida el tratado, sino que otorga la facultad a la parte que debido al error se vio inducida a consentir en el tratado, al alegar el error como vicio en el consentimiento. El efecto de esto será hacer nulo la manifestación del consentimiento del Estado afectado.

4) Dolo: La Convención de Viena hace referencia además del dolo como vicio del consentimiento, el cual causa error pero éste es provocado por una conducta fraudulenta de la contraparte, es decir, cualquier declaración falsa o acto engañoso mediante el cual un Estado pueda ser obligado a dar su consentimiento. De ahí que aunque el error no sea esencial o determinante hay causal de nulidad. En la Convención no se encuentra un concepto de lo que se entenderá por dolo, por lo que corresponde a los órganos competentes que aplican la norma el darlo. El fin de alegar el dolo como vicio de consentimiento por la parte perjudicada no significa hacer que el tratado sea nulo ipso facto, sino permitir alegar el dolo para invalidar su consentimiento.

El dolo no sólo vicia el consentimiento, sino que destruye la base de la confianza mutua entre las partes (como es el caso en estudio los Estados partes). Para que quede tipificado es necesario que medie un elemento psicológico (la intención del negociador de engañar) y un elemento material (las maniobras que constituyen la conducta fraudulenta)⁷². Si estas conductas emanan de un tercer Estado y no de un negociador, el dolo no quedará configurado. Como en el caso del error, el dolo debe ser esencial, es decir, debe ser determinante del consentimiento otorgado por el Estado.

⁷² **GUTIERREZ POSSE, Moncayo Vinuesa Op. Cit. P.132.** En este caso quedará configurado el *dolo* y el Estado perjudicado podrá *alegarlo* como vicio de su consentimiento.

5) Corrupción del representante: Uno de los medios posibles de obtener el consentimiento por maniobras dolosas sería la corrupción del representante de un Estado. La Convención contempla este supuesto en el Art. 50⁷³, así, se dispone que un Estado puede alegar como vicio de su consentimiento la corrupción de su representante, si ésta ha sido efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador. Estos supuestos no acarrearán la nulidad del tratado o del consentimiento dado, sino que otorgan el derecho para el Estado que ha sufrido el vicio de alegarlo como causal de nulidad.

Las disposiciones de los Art. 51 en cuanto a la manera en la que se obtuvo el consentimiento si ha sido obtenida por coacción sobre el representante de dicho Estado o de dicha organización mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico; y por su parte el Art. 52 se vincula con la necesidad de que el consentimiento se exprese en forma no sólo consciente sino, también, libre. La violencia ejercida tanto sobre el representante del Estado como sobre el Estado mismo origina la nulidad absoluta, el que carecerá de todo efecto jurídico.⁷⁴

1.2.1.7 Terminación de los Tratados

La terminación exime a las partes de seguir cumpliendo el tratado a partir de la misma, sin afectar ningún derecho, obligación o situación jurídica creada por el tratado durante su periodo de vigencia. El hecho de que un tratado termine, o que una de las partes en el tratado no se encuentre ya obligada por él, no significa que éste ha dejado de estar en

⁷³ **Artículo 50: “Corrupción del representante de un Estado o de una organización internacional** Un Estado o una organización internacional cuya manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por un Estado negociador o por una organización negociadora, podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado”.

⁷⁴ **GUTIERREZ POSSE, Moncayo Vinuesa Op. Cit. P.135** Será nulo porque la violencia ejercida vicia el consentimiento.

vigor, o que ha dejado de estar en vigor para dicha parte. La terminación de un tratado solo tiene lugar por las causas que de manera expresa menciona la Convención de Viena, las cuales son:

1) La voluntad de las partes: La voluntad puede constar en el mismo tratado o bien no haberse previsto en el tratado y expresarse con posteridad; la formulación de éste es muy diversa ya que algunos tratados disponen que solo estará en vigencia por cierto periodo de tiempo, pudiendo ser de meses o años, mientras otros plantean una condición resolutoria; puede darse además el caso de que la vigencia sea por un periodo fijo, el que se renovara de forma automático, sin perjuicio del derecho a renunciar al tratado o retirarse de él.

El equilibrio de las relaciones emergentes de un tratado y la igualdad jurídica de las partes indican que un Estado no puede unilateralmente ponerle fin⁷⁵. Sólo podrá ejercerse el derecho de denuncia o retiro si el tratado mismo lo prevé; puede suceder que el numero de Estados parte llegue a ser menor del requerido para entrar en vigor en cuyo caso no se dará por terminado el tratado.

2) Denuncia de un tratado que no contenga disposiciones al respecto: De acuerdo a la Convención de Viena solo es posible la denuncia o retiro que no contenga disposiciones al respecto cuando conste que fue intención de las partes admitir esta posibilidad o cuando pueda inferirse de la naturaleza misma del tratado. Para ello es necesario dar aviso por lo menos con 12 meses de anticipación al resto de Estados

⁷⁵ **Ibíd.** P.136. Tal como lo establece LA Convención De Viena en su art. 56 que literalmente dice: "Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación la denuncia o el retiro: 1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado. 2. Una parte deberá notificar con dos meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1.

partes, sin embargo este derecho nunca podrá alegarse respecto de los tratados de paz o de delimitación de fronteras⁷⁶.

3) La celebración de un tratado posterior: En el Art. 59 de la Convención de Viena dispone que el tratado anterior solo termina cuando se desprenda del tratado posterior o conste de otro modo que esa es la intención de las partes o bien cuando la aplicación del tratado anterior sea incompatible con el posterior. De La Guardia y Delpech⁷⁷ nos dice al respecto: “La incompatibilidad a que se refiere el artículo 59, párrafo primero apartado “b”⁷⁸ debe de ser total, por causar abrogación también total del tratado anterior.

En cambio, la incompatibilidad a que se refiere el Art. 30 párrafo tercero, debe de ser parcial o relativo ya que permite la subsistencia. También parcial o relativa del Tratado anterior, que se continuará aplicando únicamente en la medida de su compatibilidad. Este artículo se limita únicamente a los casos de terminación o de suspensión de la aplicación de un Tratado como consecuencia de la celebración de un Tratado posterior.

4) Violación grave de un tratado: Se entiende por violación grave el rechazo del tratado o violación de una disposición esencial para la consecución del objeto y fin mismo. En el supuesto de que se trate de un tratado bilateral, la violación grave por una de las partes faculta a la otra solicitar la terminación del tratado; si se tratare de un tratado multilateral,

⁷⁶ **ORTIZ AHLF, Loretta, op. cit. P 36.** Esta excepción no fue solo reconocida por la Corte de Derecho Internacional, si no que lo fue también por varios de los delegados a la conferencia de Viena.

⁷⁷ **UMAÑA DE ARFVIDSON, Claudia Beatriz,** Aspectos generales sobre el derecho de los tratados, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Dr. José Matías Delgado, Facultad De Jurisprudencia Y Ciencias Sociales Pbro. Y Dr. Isidro Menéndez, San Salvador, 1998, p.128. denominaron a la tendencia que busca la universalidad del Tratado como “regla panamericana máxima”. Estos autores señalan que la reserva solo afecta la cláusula para la cual la reserva fue formulada. Así, el posible rechazo de la reserva no será obstáculo para que el resto del Tratado tenga vigor.

⁷⁸ Artículo 59, párrafo primero apartado “... b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden, aplicarse simultáneamente”.

el resto de los Estados parte puede dar por terminadas las relaciones entre ellas y el Estado infractor o bien darse por terminado el tratado entre todas; esto no impide la posibilidad de una suspensión total o parcial.

5) Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento: siempre y cuando dicha imposibilidad sea absoluta y de manera alguna se derive del propósito de un Estado de eludir una obligación o negligencia de uno de ellos en su ejecución.⁷⁹ Solo puede alegarse esta causal de terminación cuando de la imposibilidad, resulta la desaparición o destrucción definitiva de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Dicha imposibilidad de cumplimiento no puede alegarse como causa de terminación del tratado si ésta es el resultado de una violación al mismo o de otra obligación internacional por una parte respecto a otra(s).

6) Cambio fundamental de circunstancias: para que opere esta causal de terminación han de cumplirse los siguientes requisitos:

- Las circunstancias que se modificaron deben constituir la base esencial del consentimiento de los Estados;
- Con la modificación de las circunstancias se habrán de alterar radicalmente también las obligaciones que deben cumplirse.

7) Aparición de una nueva norma internacional de *ius cogens*⁸⁰: el Art. 53 de la Convención de Viena se contempla la nulidad absoluta de todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición a una norma de *ius cogens*, expresando así, que todos aquellos Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la

⁷⁹ **URIBE VARGAS, Diego**, *Libro Blanco de la Republica de Colombia 1980*, http://www.sogeocol.edu.co/documentos/Lib_Blanco.pdf visitado en 18 de mayo de 2011. Esa imposibilidad no puede ni siquiera mencionarse, cuando es evidente que el tratado ha sido debidamente ejecutado durante muchos años.

⁸⁰ **UMAÑA DE ARFVIDSON, Claudia Beatriz**, *Op cit. P. 56* *ius cogens* que significa normas imperativas del derecho.

comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.⁸¹

En tal sentido, la académica mexicana, Loretta Ortiz Ahlf, deduce de este artículo elementos que identifica como característicos del *ius cogens*⁸²:

- 1) Debe tratarse de una norma de derecho internacional general que obligue a todos los estados.
- 2) Ha de ser una norma imperativa, que no admite acuerdo en contrario.
- 3) Debe ser reconocido por la comunidad internacional en su conjunto.
- 4) Será modificable por otra norma que tenga el mismo carácter.

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Esta situación es diferente a la que plantea el Art. 64 pues en éste, el tratado es válido al principio, pero más adelante al aparecer una nueva forma de *ius cogens* con la que es incompatible debe darse por terminado. Las consecuencias jurídicas de la terminación de un tratado están previstas en el Art. 70 de la Convención de Viena.

1.2.1.8 Suspensiones

La suspensión de un tratado tendrá lugar únicamente en los supuestos mencionados por el Art. 42 de la Convención de Viena⁸³, esto

⁸¹ **CONVENCIÓN DE VIENA** sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

⁸² **BETANZOS, Eber**, *Ius Cogens, Ius Cogens*, Revista USCS, Direito, año X, No. 17 – jul. /dez. Sao Paulo, Brasil 2009 P.111. Las consideraciones establecidas por La profesora Loretta Ahlf han sido de gran aceptación por distintos tratadistas en La matéria.

no significa otra cosa que la exención a los Estados parte del mismo, de no cumplir el tratado durante cierto periodo, esta suspensión terminara cuando desaparezcan las causas que lo motivaron⁸⁴. Así el Art. 57 de la misma establece que la aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o una determinada parte:

- Conforme a las disposiciones del tratado; o
- En cualquier momento por consentimiento de todas las partes, previa consulta con los demás Estados contratantes.

En caso que sea un tratado multilateral, la Convención admite la posibilidad de que, dos o mas Estados celebren acuerdos para suspender temporalmente la aplicación de sus disposiciones en sus relaciones mutuas, esta no debe estar prohibida en el mismo; y no debe afectarse el disfrute de los derechos que corresponden al resto de los Estados, así como el cumplimiento de sus obligaciones; y la suspensión no debe ser incompatible con la realización del objeto y fin del mismo tratado.

1.2.2 La Costumbre Internacional

Es la fuente más antigua, es la práctica común y reiterada de la conducta de los sujetos internacionales y aceptados por éstos como derecho, con la convicción de que su cumplimiento satisface un deber jurídicamente exigible a los Estados que la ejecutan, transformándose en

⁸³ **Artículo 49** “Dolo Un Estado o una organización internacional inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de un Estado negociador o de una organización negociadora podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado”.

⁸⁴ **ORTIZ AHLF, Loretta**, op. cit. P 39 Al igual que en la terminación los tratados pueden suspenderse por voluntad de las partes

obligatoria como regla de derecho.⁸⁵ La costumbre se encuentra definida en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁸⁶.

Elementos constitutivos: a) material: práctica constante y uniforme. Actualmente los actos u omisiones que constituyen el elemento material pueden provenir de cualquier sujeto de derecho internacional⁸⁷; b) temporal: repitiéndose cierto tiempo; c) psicológico o espiritual (ipnio iuris) que se efectúe con la convicción de que responde a una necesidad jurídica, es decir la conciencia que tienen los Estados de actuar como están obligados jurídicamente

Formación: múltiples manifestaciones del comportamiento de los Estados, tales como actos internos, actos internacionales y leyes internas, *“Son conductas reiteradas o prácticas uniformes que hay que demostrar”* Además de la costumbre generales que tienen ámbito universal y obligan en principio a todos los Estados, salvo que se hayan opuesto, la doctrina y la jurisprudencia señalan otro tipo de costumbres:

1) *Las regionales* las cuales se originan entre un grupo de Estados vecinos en un área geográfica determinada.

2) *Las costumbres bilaterales* que se forman entre dos Estados y es obligatoria para ambos. La costumbre se encuentra definida en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

1.2.3 Los Actos Unilaterales de los Estados

Los actos unilaterales pueden clasificarse en dependientes y autónomos, los dependientes solo producen efectos jurídicos cuando son

⁸⁵ **DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO UCASAL**, <http://www.mediafire.com/?mcwjzjn0> sitio Web visitado el 7 de abril de 2011, Así como en el derecho interno de los Estados se puede llegar a regular una determinada costumbre como ley, también en el ámbito internacional esta figura cobra validez.

⁸⁶ **CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS**, San Francisco, 26/06/1945, ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Art. 38 ()... b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. ()...

⁸⁷ **ORTIZ AHLF, Loretta**, op. cit. P. 53. Indistintamente del sujeto que realice determinadas acciones ya sea ONG, grupos Beligerantes etc. Estas pueden ser consideradas como costumbre internacional por lo tanto, convertirse en ley.

realizados en relación con otros actos, unilaterales o multilaterales, por ejemplo el elemento material de la costumbre, los actos autónomos producen efectos jurídicos obligatorios y no requieren para su existencia, de otro acto unilateral ni multilateral aunque deben para producir efectos jurídicos obligatorios, cumplir estos requisitos de fondo, forma y capacidad.

En cuanto a la capacidad, se requiere que el acto emane de un órgano competente del Estado en el plano internacional, que según el Art. 7 de la Convención de Viena reconoce la competencia del Jefe del Estado y del Ministro de Relaciones Exteriores para la celebración de un tratado. La doctrina reconoce tradicionalmente, como actos jurídicos unilaterales autónomos:

- La notificación, que es la comunicación que un sujeto del derecho internacional hace a otro.
- El reconocimiento, acto en que el Estado admite como legítimo un determinado Estado de cosas o una determinada pretensión; el reconocimiento obliga al Estado que realiza el acto a no negar la legitimidad de la pretensión reconocida.
- La protesta, que es el acto por virtud del cual un Estado niega la legitimidad de una determinada situación.
- La renuncia, que es el acto por el cual se abandona una determinada pretensión jurídica, esta implica la extinción de un derecho subjetivo del Estado que la formula; y La promesa que es la declaración en la que el Estado se obliga a realizar un determinado comportamiento.

1.3. Sujetos del Derecho Internacional Público

El Estado es, por su propia naturaleza, sujeto originario y necesario del ordenamiento jurídico internacional, a principios del siglo pasado cuando aparecen las primeras manifestaciones de organizaciones internacionales (la primera organización internacional de que se tiene

conocimiento es la Administration Générale de L'Octroi de Navigation du Rhin de acuerdo con el tratado de fecha 15 de agosto de 1804)⁸⁸. Es por ello que a partir de fines del siglo XIX, con la aparición de organismos interestatales, la ciencia jurídica presencia el nacimiento de nuevos sujetos del derecho internacional.

Los organismos internacionales adquieren personalidad jurídica internacional; por lo tanto, al igual que los Estados deberán ser considerados como sujetos de ese derecho⁸⁹. La evolución más reciente de las relaciones jurídicas entre Estados ha determinado la posibilidad de considerar también al individuo como sujeto del derecho internacional, pues existen normas jurídicas internacionales que regulan directamente su conducta; esta subjetividad del individuo dentro del derecho internacional no es originaria sino que derivada, en lo inmediato, de la voluntad de los Estados⁹⁰.

1.3.1 Personalidad o Subjetividad Jurídica Internacional

De acuerdo con la definición clásica del Derecho Internacional Público, solo los Estados eran sujetos de este ordenamiento, concepción que actualmente resulta anacrónica; al lado de los Estados soberanos existen otras comunidades, organismos internacionales, organizaciones religiosas y humanitarias, a las que la comunidad internacional reconoce personalidad jurídica internacional, ahora bien, quienes son sujetos del DIP, se ofrecen distintas definiciones, las cuales pueden clasificarse en

⁸⁸ **BARBERIS, Julio.** *Los sujetos del Derecho Internacional actual*, 2ª edición, editorial Tecnos, Madrid, España, 1984. p.77. Este podemos determinar que es el punto de partida para terminar con el monopolio del Estado como único sujeto del Derecho Internacional, actualmente la gama es amplia y va en aumento.

⁸⁹ **GUTIERREZ POSSE, Moncayo Vinuesa.** Op. Cit. P.15. Pero su personalidad jurídica no es originaria, depende inicialmente de la voluntad de los Estados que concurren a su creación, Dicha voluntad se manifiesta, generalmente, en el acto constitutivo del organismo. Su capacidad jurídica resulta de las competencias adecuadas a sus fines, conferidas ya sea de una manera expresa o implícita, en los tratados constitutivos o desarrollada por la costumbre.

⁹⁰ **Ibíd.** P.16. partiendo de este supuesto el Estado participa con otros Estados en la creación de normas internacionales directamente dirigidas a los individuos, e interviene también en tal proceso cuando éste se lleva a cabo en el seno o con los auspicios de una organización internacional.

dos grandes grupos Las que se orientan por la Teoría Pura del Derecho y las que se guían por la Teoría de la Responsabilidad.

1.3.1.1 La Teoría Pura del Derecho

Dentro de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen⁹¹ se habla de los ámbitos de validez de las normas jurídicas; uno de estos ámbitos es el personal, el cual esta dado por las personas cuyas conductas son reguladas por dicha norma, de esta forma la noción de ámbito de validez personal se encuentra muy vinculada al concepto de sujeto de derecho.

Entonces por lo que se refiere a las personas jurídicas, estos actúan a través de individuos, los cuales se convierten en órganos de la misma en la medida en que sus actos son regulados por el estatuto de la sociedad; al analizar Kelsen con detalle los derechos y deberes de la persona jurídica, muestra que, en todo caso, ellos pueden ser explicados como derechos y deberes colectivos de los individuos que componen dicha persona jurídica⁹².

1.3.1.2 La Teoría de la Responsabilidad

Esta teoría ha sido desarrollada principalmente por Eutathiades y por Wengler, en su curso de la academia de derecho internacional de la Haya, sobre los sujetos del derecho de gentes y la responsabilidad internacional, Eutathiades menciona que un sujeto de derecho internacional debe al menos encontrarse en algunas de estas dos

⁹¹ **ORTIZ AHLF, Loretta**, op. cit. "**KELSEN, Hans**, *Théorie Pure du Droit*, trad. al francés de la 2a. edición, por Charles Eisenmann, editorial Dalloz, París, Francia, 1962 p. 62

⁹² **Ibíd.** P. 64. Las situaciones en las que se regula directamente al individuo, el ordenamiento internacional permite, prohíbe u obliga una determinada conducta de derecho internacional con ello se refiere a los Estados, la iglesia, las organizaciones internacionales entre otros, así la teoría pura considera sujetos del orden jurídico internacional, a toda entidad o individuo que sea destinatario directo de una norma de dicho orden.

situaciones⁹³: Ser titular de un derecho y poder hacer valer mediante reclamación internacional o Ser titular de un deber jurídico y tener capacidad de cometer un delito internacional.

Una teoría mas amplia es la de Wengler⁹⁴, distingue claramente entre acto antijurídico y responsabilidad consistente en ser destinatario de ella, independientemente del hecho de haber sido o no el autor del acto antijurídico. Se llega a la conclusión de que son sujetos de Derecho Internacional Público los destinatarios de sanciones en el orden internacional o, dicho de otra forma, los sujetos responsables.⁹⁵

1.3.2 El Estado como Sujeto de Derecho Internacional

Los Estados son cuerpos políticos independientes, capaces de establecer relaciones con otros, podemos establecer entonces primeramente que el Estado para el derecho es una “comunidad constituida por un orden jurídico determinado que presenta características propias”⁹⁶, el concepto de Estado hay que distinguirlo del concepto de nación, Estado es la nación organizada jurídicamente⁹⁷.

1.3.2.1 Concepto de Estado en el Derecho Internacional

El Derecho Internacional requiere de un concepto de Estado propio, que se aparte de las particularidades del respectivo derecho

⁹³ **ORTIZ AHLF, Loretta**, op. cit. p. 64. Los dos casos, tienen en común el elemento de la responsabilidad, en el primero, se trata de quien puede invocar y hacer valer la responsabilidad internacional; en el segundo, de quien puede asumirla

⁹⁴ **Ibid.** p.64. Según la teoría de Wengler los sujetos de derecho internacional serán entonces aquellos a los que se les puede exigir responsabilidad internacional.

⁹⁵ De ambas teorías la que puede usarse como punto de partida es la teoría pura, aunque el concepto de sujeto requiere de mayor precisión, siguiendo las dos teorías, podría llegarse a la situación de que a individuos que sin serles atribuibles derechos u obligaciones, por el hecho de sufrir una sanción se convierten en sujetos del DIP. En estos casos el individuo constituye un objeto de la norma y no un sujeto.

⁹⁶ **BARBERIS, Julio. op. Cit. P. 40.** el Estado se nos presenta como una institución jurídico-política, compuesta de una población establecida sobre un territorio y provista de un poder llamado soberanía.

⁹⁷ Entenderemos entonces que la nación es la reunión de los habitantes de un territorio determinado que hablan el mismo idioma, tienen las mismas leyes, unidos por la comunidad de origen, que poseen caracteres físicos y sentimientos comunes, vinculados por intereses coincidentes y por una larga existencia de convivencia.

constitucional. Las características del Estado en el derecho internacional deben provenir más de la realidad del poder organizado y menos del postulado de determinados objetivos del Estado. El concepto de Estado del derecho internacional tiende hacia una circunscripción evidente de una organización, al mismo tiempo, la heterogeneidad del mundo de los Estados obliga a un concepto de Estado amplio. Estos requisitos los cumple satisfactoriamente la “doctrina de los tres elementos”⁹⁸, de acuerdo con esta, el Estado presupone, como unidad jurídica determinada, un territorio, un pueblo y un poder estatal.

1.3.3 Elementos Constitutivos del Estado

Puesto que el Estado es una estructura político jurídica, en su integración concurren una serie de elementos que le dan forma y característica propia. Estos elementos por su parte, le dan a una organización política determinada el carácter propio y específico de un Estado. Estos elementos son la Población, el Territorio y el Poder.

1.3.3.1 La Población

Es definida como el conjunto de individuos sometidos al poder de la organización estatal, sin población no puede existir el Estado⁹⁹, el vínculo jurídico y político que liga a una persona con un Estado se denomina nacionalidad, mediante dicho vínculo, el individuo asume obligaciones para con el Estado y éste se obliga a brindarle protección.¹⁰⁰ Al derecho internacional lo que le interesa es el hecho de la estabilidad de la población hacia el exterior, es decir, si la población posee un carácter

⁹⁸ JELLINEK, George, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª Edición, 1914, pp. 396 y ss. La generalidad de esa definición siempre ha sido objeto de críticas, por ejemplo, porque no puede aclarar la naturaleza del Estado como unidad en movimiento, sin embargo, la simpleza de la doctrina de los tres elementos de Jellinek, constituye decisivamente una ventaja en un mundo de Estados, heterogéneo, sometido a constantes cambios

⁹⁹ BECERRA RAMIREZ, Manuel. *Textos y Estudios Legislativos*, Núm. 78, Primera edición: UNAM 1991, México D.F. México. P. 17. Esto lo podemos denotar en nuestra Constitución Política en el Art. 1 el cual manifiesta que la persona humana es el fin y el origen del Estado.

¹⁰⁰ La manera más común de adquirir la nacionalidad es mediante el nacimiento de una persona en el territorio del Estado, *ius soli*, o fuera del territorio del Estado de padres que posean la nacionalidad de ese Estado, *ius sanguinum*.

permanente o de inmovilidad relativa sobre el territorio, la competencia sobre las personas se prolonga además a las personas jurídicas, los Estados brindan protección diplomática determinándose la nacionalidad de éstas por el lugar de constitución.

1.3.3.2 El Territorio

Por territorio se comprende el ámbito espacial, en el cual, la organización ejercida por el Gobierno, con exclusión de otros sujetos de Derecho Internacional de carácter territorial con análogos poderes¹⁰¹. El territorio del Estado incluye: la tierra firme; las aguas interiores, su lecho y subsuelo; el mar territorial, su lecho y subsuelo, y el espacio aéreo que cubre la tierra firme, las aguas interiores y el mar territorial. En la doctrina no se concibe un Estado sin un territorio, nuestra Constitución detalla ampliamente en su artículo 84¹⁰² el territorio de la Republica.

1.3.3.3 El Poder

Jurídicamente es el orden jurídico al que está sometido el hombre (los ciudadanos del Estado). Política y sociológicamente: las características de Hauriou¹⁰³, dejando de lado la referencia al poder en general y considerando, en concreto, el poder del Estado, hemos de decir que las notas específicas del poder del Estado son: Su carácter de *monopolizador de la coerción* (como legítimo monopolizador) Esto es tan claro que sin esta característica el Estado desaparecería, por ejemplo como ocurrió en Alemania con la tolerancia de las organizaciones

¹⁰¹ **BECERRA RAMIREZ, Manuel.** *Textos y Estudios Legislativos*, Núm. 78, Primera edición: UNAM 1991, México D.F. México. P. 19. Se habla de territorios para referirse a divisiones geográficas de ultramar o externas a un Estado, dependientes del gobierno central pero con cierta autonomía o gobierno propio, en el cual un Estado extranjero no puede intervenir.

¹⁰² **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR**, op. Cit., Art. 84: El territorio de la República sobre el cual El Salvador ejerce jurisdicción y soberanía es irreductible ()...

¹⁰³ **HAURIOU, Andre,** *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, editorial Ariel, Barcelona, 1980, pp. 129-154. A un nivel básico identificamos el Poder con estamentos de los gobiernos, ejércitos o capacidad económica multinacional, también se puede identificar con la noción de fuerza, sin embargo la noción de poder suele estar más relacionada a la acción de control Estatal que a la fuerza física.

armadas nacional-socialistas¹⁰⁴ y su carácter *soberano*. Que el poder del Estado es soberano, quiere decir que la soberanía es la propiedad de los poderes de Gobierno o dicho de otra manera, que lo que caracteriza a un Estado es disponer de unos poderes, de unos derechos materiales, tales como los derechos de legislación y reglamentación.

1.3.4 Reconocimiento de Estados

Con relación al reconocimiento de los Estados se plantean dos teorías: a) la Teoría Constitutiva, que asevera que el Estado surge como sujeto pleno de los demás Estados. Sólo por el reconocimiento un Estado se convierte en una persona internacional y en sujeto de Derecho Internacional¹⁰⁵; y b) la Teoría Declarativa, que plantea que el reconocimiento es un acto discrecional de los Estados quienes pueden negarse a otorgarlo, es decir, que el Estado existe independientemente de que otorgue o no el reconocimiento¹⁰⁶.

El reconocimiento es un acto jurídico: El reconocimiento de un Estado es aquel mediante un procedimiento adaptado a un procedimiento jurídico¹⁰⁷, en el cual los Estados verifican la existencia del dicho Estado nuevo, siendo un acto voluntario y discrecional, para ello el reconocimiento puede ser: Expreso: cuando existe una declaración de

¹⁰⁴ **RADBRUCH, G.**, *Filosofía del Derecho, volumen I*, 4ª edición, editorial Coimbra, Bogotá, Colombia, 1961. p.77. este ejemplo es la llegada al poder del Partido Nazi de Hitler, y luego en 1945, la derrota del país en la Segunda Guerra Mundial que tuvo como consecuencia el final de la dirección nazi del mismo. Utilizando la propia terminología nacionalsocialista, se emplean también los nombres Tercer Reich, Gran Reich alemán, Imperio nazi o III Imperio Alemán para aludir a dicha etapa.

¹⁰⁵ **BECERRA RAMIREZ, Manuel**. *Textos y Estudios Legislativos*, Núm. 78, op. Cit. P. 12. El reconocimiento del Estado es el acto por el que otros declaran que tratarán a esa agrupación como a un Estado otorgándole la categoría de sujeto del Derecho Internacional, investido de plena capacidad jurídica.

¹⁰⁶ **SEPULVEDA, César**, *La Teoría y la Práctica del reconocimiento de Gobiernos*, 2ª edición, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1974. p. 76 Por esta clase de reconocimiento debe entenderse la presencia de una formación política o de un gobierno nuevos, creados por medios de hechos, siendo su objeto dar entrada en el orden jurídico internacional a esa formación o gobierno, y que este actúe conforme a las normas de derecho internacional establecidas, independientemente si un determinado Estado lo califique como tal, otorgándole o no el reconocimiento.

¹⁰⁷ **BOHDAN T. Halajczuk, MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa Del R.**, *Derecho Internacional Público*, EDAR S.A. de C.V., 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1999. p. 246

reconocimiento, Tácito: si de la actuación del Estado se deduce la voluntad de efectuar el reconocimiento (por ejemplo el envío de agentes diplomáticos). Por otro lado el Reconocimiento puede ser individual o colectivo¹⁰⁸

1.3.5 Clases de Estados

El Estado Unitario: Conocido también como Estado simple o unitario es el que posee una soberanía completa e indivisible en el exterior y homogénea en el interior¹⁰⁹. Aunque las regiones o municipios que lo integran gocen de una determinada autonomía administrativa, un Estado simple o unitario conserva el carácter de tal.

Uniones de Estados: La Unión de Estados consiste en la asociación de dos Estados bajo un solo Jefe. La comunidad del Jefe de Estado es la característica que identifica a la Unión. Las Uniones de Estados se pueden clasificar en: Unión Personal y Unión Real: La primera hoy en día es prácticamente imposible. En este caso se habla de dos o más sujetos de derecho internacional¹¹⁰. La segunda es la unión voluntaria de dos Estados bajo un solo Jefe de Estado.¹¹¹

El Federalismo: Algunos autores constitucionalistas, establecen que el Federalismo es una modalidad de agrupaciones interestatal que se apoya en la conciencia de una efectiva solidaridad de intereses y en una colaboración voluntaria entre sus partícipes¹¹². Su

¹⁰⁸ *Ibíd.* P. 251. El problema del reconocimiento ya sea individual o colectivo radica en, la legalidad internacional es decir: El establecimiento del Estado no debe ser contrario al Derecho internacional y, en particular, no debe resultar de la violación de un tratado internacional existente.

¹⁰⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Estado_unitario sitio Web visitado el día 29 de abril de 2011. En otras palabras en el Estado unitario se da la cuádruple unidad: unidad de ordenamiento jurídico (derecho), unidad de autoridades gubernativas, unidad de gobernados o destinatarios del ordenamiento jurídico y de las decisiones políticas y unidad de territorio.

¹¹⁰ Por ejemplo Países Bajos y de Gran Bretaña

¹¹¹ Por ejemplo Austria y Hungría de 1867 a 1918, la de Italia y Albania de 1939 a 1943.

¹¹² **CARBONELL, Miguel**, *El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, Editorial

estructura es jerárquica, en cuanto establece una distribución previa de las funciones estatales entre los órganos centrales y los particulares, correspondiendo a estos últimos un derecho de decisión en materia determinada.

1.3.6 Reconocimiento de Gobiernos

El reconocimiento de los Gobiernos se relaciona con la aspiración de éstos a representar el Estado reconocido, de ahí que la práctica estatal inglesa haya diferenciado durante largo tiempo entre el reconocimiento de un Gobierno *de iure* y el reconocimiento de un Gobierno *de Facto* con reservas frente a su legitimidad. El reconocimiento expreso de los Gobiernos lleva por lo general a delicadas diferenciaciones entre las consideraciones de efectividad y de legitimidad. Entre tanto, los Estados Unidos y el Reino Unido han declarado que en el futuro no reconocerán ningún Gobierno, y en su lugar, decidirán sobre la conveniencia de establecer relaciones diplomáticas ¹¹³

El manejo de los actos de un Estado no reconocido y de un Gobierno no reconocido en el derecho interno no ha sido tratado en forma unánime en la práctica estatal. La jurisprudencia británica ha adoptado por largo tiempo la posición de su propio Gobierno, y se ha orientado en un pronunciamiento del ministro de Relaciones Exteriores. Los Tribunales Americanos y Británicos, hasta hace poco, simplemente ignoraban los actos de un Estado no reconocido por su Gobierno, o de un Gobierno no reconocido, como una clase de nulidad jurídica. ¹¹⁴

Fontamara, México DF, México 2002. federación (del latín *foedus*, "pacto") es una agrupación institucionalizada de entidades sociales relativamente autónomas.

¹¹³ **DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS**, *Declaración del Departamento de Estado de los Estados Unidos*, en http://es.wikipedia.org/wiki/Reconocimiento_internacional sitio Web visitado el 3 de marzo de 2011. Desde la década de 1970 la Departamento de Estado de los Estados Unidos se ha alejado de la práctica de reconocer gobiernos

¹¹⁴ Sin Embargo, en los últimos años se ha presentado un cambio, en el sentido de que en interés de las personas privadas implicadas, determinados actos jurídicos de un poder estatal

1.3.7 Sujetos Atípicos

1.3.7.1 La Santa Sede

Se considera como la reunión del romano Pontífice y de los organismos superiores de la curia romana, o sea las Congregaciones, Tribunales y Oficios de los cuales se vale el sumo Pontífice para el Gobierno ordinario de la Iglesia. Se plantea la cuestión de determinar si la Santa Sede es sujeto del Derecho Internacional o lo es la Iglesia Católica¹¹⁵. Es pues que se le reconoce soberanía a la Santa Sede,¹¹⁶ destacando expresamente además que sus relaciones internacionales se regulan por el Derecho Internacional Público¹¹⁷. Además a la Santa Sede le es aplicable la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas del 18 de noviembre de 1961, la cual regula la actividad de los nuncios e internuncios¹¹⁸. El Marco Jurídico de las relaciones entre la Santa Sede y la Ciudad del Vaticano se establece en el Tratado de LETRAN de la siguiente manera Italia reconoce a la Santa Sede la plena propiedad y la exclusiva y la absoluta potestad y jurisdicción soberana sobre el Vaticano. Los límites de dicha ciudad son los indicados en el plano que constituye uno de los anexos del Tratado y del cual forma parte integrante.

1.3.7.2. La Soberana Orden De Malta

Este es uno de los casos mas discutidos en cuanto a la subjetividad jurídica internacional, Tiene su sede en Roma. Dicha Orden

¹¹⁵ **BECERRA RAMÍREZ, Manuel**, *La Recepción Del Derecho Internacional En El Derecho Interno*, op. Cit. P. 22 Puede coincidir desde el ámbito doctrinal que es la Santa Sede la que se considera sujeto del Derecho Internacional. La subjetividad internacional de la Santa Sede o Sede Apostólica se remonta a la época de Teodocio I quien por un edicto del año 380 convierte al cristianismo en la religión oficial del imperio y desde entonces la Santa Sede ha participado activamente en las relaciones internacionales dentro de la comunidad internacional.

¹¹⁶ **TRATADO DE LETRAN**, suscrito el 11 de febrero de 1929. Este tratado entre el Gobierno Italiano y el Sumo Pontífice, le otorga reconocimiento a la ciudad del Vaticano.

¹¹⁷ **SAVARINO, Franco; MUTOLO, Andrea**, *Los orígenes de la Ciudad del Vaticano. Estado e Iglesia en Italia, 1913–1943*, México D.F. México, IMDOSOC, 2007 p.37 Podemos concluir que la Santa Sede actualmente goza de personalidad jurídica internacional al ejercer el derecho de legación, participación en la celebración de Tratados Internacionales y otros negocios jurídicos internacionales como concordatos.

¹¹⁸ Los nuncios e Internuncios son los representantes diplomáticos de la Santa Sede ante los Estados.

gozó en otros tiempos de una clara soberanía territorial y tuvo un carácter originalmente de orden Religioso Militar. A partir de los años 50 se llegó a discutir su propia existencia ante los tribunales de la Curia Romana, con la Sentencia Cardenalicia del 24 de Mayo de 1953, se estableció que se trata de una Orden Religiosa que depende de la Santa Sede, regulada a su vez por el ordenamiento Canónico.

La Santa Sede da a la Orden de Malta una amplia autonomía, lo que le permite adquirir derechos y obligaciones de carácter internacional frente a terceros Estados que la reconocen, por ello la personalidad internacional de la Soberana Orden en sus relaciones con los Estados, se manifiesta de manera diversa: Posee más de 30 embajadas y 8 delegaciones acreditadas ante países de Europa, Asia, África y América Latina en los cuales existe un Cuerpo diplomático acreditado ante la Orden. Generalmente se trata de los mismos diplomáticos acreditados ante la Santa Sede¹¹⁹ y su facultad de concertar tratados¹²⁰.

1.3.7.3 Los Rebeldes e Insurrectos, Beligerantes

Podemos decir que hay sedición (insurrección levantamiento) o rebelión en conforme el derecho internacional público, cuando en un Estado una organización rebelde domina de hecho una parte apreciable e importante del territorio y logra afirmarse en su lucha contra el gobierno central. Es irrelevante, en cambio, el que los rebeldes se propongan separar del Estado una parte de su territorio o, por el contrario, conquistar el Estado en su totalidad. El Gobierno rebelde, que, a diferencia del Gobierno general de hecho, es un Gobierno de carácter local, puede ser

¹¹⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Orden_de_Malta, sitio Web visitado el 12 de Marzo de 2011. También es miembro del Comité Internacional de Medicina y Farmacia Militar, organización intergubernamental que tiene su Sede en Lieja (Bélgica) por lo que se refiere a Italia, reconoce al Gran Maestre de la Orden como Jefe del Estado Extranjero. Asimismo se le reconoce inmunidad diplomática, a la Sede de la Orden en la Vía Condotti y en el Aventino les reconoce franquicia aduanera al Gran Maestre y al Gran Canciller y se exime de impuestos a la Sede de la Orden.

¹²⁰ Entre los Tratados que celebra podemos mencionar, los que tienen el fin de llevar a cabo su actividad hospitalaria y asistencial (asistencia contra la lepra); ha celebrado un Concordato con San Marino (1935), y un tratado con Grecia (1959), para el establecimiento de un Museo de Rodas.

reconocido como beligerante, ya por el Gobierno central del propio Estado, ya por terceros Estados.

En ambos casos la sedición se considera entonces como una guerra en el sentido del Derecho Internacional. El reconocimiento de beligerancia se puede dar en favor de un grupo rebelde cuando este domina una parte importante del territorio y ejerce sobre él un dominio efectivo.¹²¹ En cuanto a los efectos del reconocimiento, si es hecho por terceros Estados, estos deben mantenerse como Estados Neutrales ante el Estado Central y el grupo beligerante, esta posición se basa en el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Por lo que se refiere al reconocimiento del Gobierno central, a partir de éste queda libre de toda responsabilidad por los actos que se cometan en la zona dominada por los rebeldes.¹²²

1.3.7.4 Comité Internacional de la Cruz Roja

Dentro de los sujetos de derecho internacional tradicionales, sin soberanía territorial, se encuentra el Comité Internacional de la Cruz Roja, la cual es una asociación perteneciente al derecho privado, creada de conformidad con el derecho suizo (con sede en Ginebra). De conformidad con la III y IV Convenciones de Ginebra de la Cruz Roja, 1949, así como del protocolo Adicional I de 1977, el Comité Internacional desarrolla funciones humanitarias en caso de conflictos armados.

Estos tratados prevén también la posible designación del Comité de la Cruz Roja como “sustituto de las potencias protectoras” (artículo 10,

¹²¹ **CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCION DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, PROTOCOLO II**, San Salvador, a los 10 días del mes de diciembre del año de 1952, Publicado DO 24/02/53. Este conjunto de normas tiene la finalidad, por una parte, de proteger las personas que no participan o han dejado de hacerlo en las agresiones y, por otra, de limitar los métodos y medios de hacer la guerra.

¹²² Entiéndase beligerante por: El reconocimiento de beligerancia consiste, en esencia, en la atribución de un estatuto internacional a la facción sublevada contra el gobierno, legítimo o establecido, siempre que la mencionada facción reúna unas condiciones mínimas e indispensables (territorio, ejército, organización) estos deberán cumplir con las disposiciones establecidas en las cuatro convenciones de Ginebra de 1949, y a sus respectivos protocolos.

inciso 3 del III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra¹²³, Artículo 11, inciso 3 del IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, el cual esta referido a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra¹²⁴, artículo 5º inciso 4¹²⁵ del protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (protocolo I), 8 de junio de 1977).

1.3.8 Otros Sujetos Atípicos

1.3.8.1 Organizaciones Internacionales

El concepto de organizaciones internacionales se refiere principalmente a las organizaciones interestatales en las que participan los Estados y otros sujetos de derecho internacional (organizaciones intergubernamentales). Estas organizaciones interestatales se designan, en sentido estricto, como organizaciones internacionales. Las organizaciones internacionales surgen como instituciones de cooperación política con personalidad jurídica propia consolidada a partir del establecimiento de la Liga de la Naciones Unidas en 1919 y la concurrente creación de la Organización Internacional del Trabajo. En la doctrina no se ha establecido un criterio uniforme del concepto de organizaciones internacionales, sin embargo, concuerdan en dos elementos constitutivos, los cuales son: 1) Las Organizaciones Internacionales se basan en un tratado (constitutivo) de derecho internacional entre, por lo

¹²³ **Artículo 10** Sustitutos de las potencias protectoras, ()... Si no puede conseguirse así una protección, la Potencia Deberá solicitar a un organismo humanitario, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, que se encargue de desempeñar las tareas humanitarias asignadas en el presente convenio a las potencias protectoras, o deberá aceptar, a reserva de las disposiciones del presente artículo, los ofrecimientos de servicios de tal organismo.

¹²⁴ **Artículo 11**, sustitutos de las Potencias Protectoras, ()... si no puede conseguirse así una protección, la potencia detenedora deberá solicitar a un organismo humanitario, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, que se encargue de desempeñar las tareas humanitarias asignadas en el presente Convenio a las potencias Protectora, o deberá aceptar, a reserva de las disposiciones del presente artículo, los ofrecimientos de servicios de tal organismo.

¹²⁵ **Artículo 5º**. Designación de las potencias protectoras y de su sustituto ()... Si, a pesar de lo que precede, no hubiere potencia protectora, las partes en conflicto aceptarán sin demora el ofrecimiento que pueda hacer el Comité Internacional de la Cruz Roja

menos dos Estados u otros sujetos de derecho internacional; y 2) Una organización Internacional puede decidir sobre la estructura interna de sus propios órganos y trasladarlos al exterior.

Su capacidad jurídica la obtiene por manifestación expresa en el mismo tratado, o se encuentra de manera implícita contemplados en los objetivos organización contenidos en el tratado; la estructura interna de estas organizaciones internacionales son muy diversas, ya que todas disponen de un órgano en el que todos los miembros se encuentran representados, para esto debe prevalecer el principio de igualdad soberana de todos los Estados por una parte, y los diferentes pesos políticos, económicos o demográficos por la otra parte.

Otro mecanismo de diferenciación es la ponderación del voto como se practica en las organizaciones económicas y financieras. Para asegurar su capacidad de actuación (tanto hacia adentro como hacia fuera de la organización) toda organización requiere de uno o más órganos ejecutivos. Las organizaciones internacionales pueden clasificarse en base a tres criterios¹²⁶:

a) Dependiendo la calidad del miembro pueden clasificarse en regionales o universales, es decir si la organizaciones se encuentra abierta a todos los Estados para asumir la calidad de miembro o si solo esta abierta a Estados pertenecientes a grupos determinados definidos de común acuerdo, como podría ser geográfico, ideológico, económico, etc. Podríamos citar como ejemplo en este caso la Organización de Estados Americanos, El Consejo de Europa, estas tienen la calidad de organizaciones universales excepto en cuanto a sus miembros que quedan limitados en cuanto a Estados de determinada región o por los lazos que mantienen entre si.

¹²⁶ http://caterina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/tapia_p_h/capitulo2.pdf sitio Web visitado el 28 de mayo de 2011. Como se menciono, estos criterios son utilizados por los Estados e incluso por las empresas para garantizar un funcionamiento adecuado de sus organismos.

b) De acuerdo con las funciones de las organizaciones, pueden ser generales o especializadas. Por la actividad que realiza se considera a una organización internacional como general porque abarca toda una esfera de actividades de la comunidad internacional ya sea económica, social, política o de cualquier otra índole; las organizaciones especializadas se limita en sus propósitos y sus funciones, a ciertos objetivos específicos

c) De acuerdo a la derivación de poderes que al mismo tiempo se puede sub clasificar en Organizaciones formuladoras de política que es la que funciona mediante la adopción de resoluciones y recomendaciones dirigidas a sus miembros y depende totalmente de estos para la adopción de su política; la Organización reguladora que tiene capacidad de ejecución la cual es independiente de sus Estados miembros por ejemplo el Banco Mundial; y las organizaciones supranacionales¹²⁷.

1.3.8.2 Organizaciones No Gubernamentales (ONG'S)

Las ONG's se ocupan de temas humanitarios como Amnistía Internacional, o en el ámbito religioso o se orientan hacia el derecho internacional. Por lo general son entidades unitarias con una sólida organización internacional con una sede central y las que se encuentran subordinada secciones o subsedes internacionales y locales, el elemento en común de las organizaciones puede ser su interés en asuntos multilateral, la búsqueda de la cooperación internacional por el área de su especialidad o de su preocupación, las características principales de las Organizaciones No Gubernamentales son¹²⁸:

¹²⁷ **HERDEGEN, Matthias** op. Cit. P 100. Es en estas donde sus órganos poseen poderes legislativo, ejecutivo y judicial o directo sobre sus pueblos y los territorios de los Estados miembros ejemplo de ello es la Comunidad Europea.

¹²⁸ **MOLINA NAJARRO, AURA MARIA DEL ROCIO** *La importancia de las ONG's en la comunidad internacional*, Tesis presentada al Instituto de Estudios Políticos y relaciones internacionales de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2000 P.24. En un sentido amplio se le considera característica principal de una ONG que esta sea sin ánimo de lucro. Algunas de las más comunes son: Sindicatos, gremios, Profesionales y Grupos religiosos que de

- Tienen como misión la mejora de las condiciones de vida de las personas, sin fines lucrativos en cuanto a la repartición de beneficios entre sus miembros y responden exclusivamente a la voluntad de sus fundadores y posteriores dirigentes marginada de los intereses y políticas gubernamentales;
- Mantienen abierto el ingreso de ciudadanos que deseen asociarse y regirse por sistemas democráticos de organización y selección de cargos; y promueven actividades de recaudación de fondos y apoyo material para la causa defendida así como de sensibilización de la opinión pública y de acción directa en pro de los fines perseguidos.

Las Organizaciones No Gubernamentales se diferencian de las Organizaciones internacionales según Pastor Ridruejo¹²⁹ en la expresión “Organización Internacional”. Pueden definirse como asociaciones voluntarias de sujetos de derecho internacional, generalmente de Estados, reglamentadas por el derecho internacional dotados de órganos e instituciones permanentes, por medio de los cuales se desarrollan fines comunes a los miembros de la organización y que además son capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta a la de sus miembros¹³⁰.

Por su parte las organizaciones internacionales cobran vida por medio de un tratado o convenio, que constituye la base y fundamento del derecho de las mismas e instrumentos a través del cual se otorgan las competencias de cada organización a las cuales se les dota de órganos y

alguna manera buscan el bien común de sus asociados o de la comunidad sin ser su principal interés el económico.

¹²⁹ **PASTOR RIDRUEJO, José A.** op. cit. Esta expresión utilizada por el autor se puede clasificar en dos sentidos principales: el primero hace referencia a como esta organizada la sociedad internacional, es decir, a su estructura; y el segundo al significado concreto de organizaciones internacionales entendiendo una organización internacional como: toda asociación conformada normalmente por sujetos de Derecho Internacional Público, regulada por un conjunto de normas propias, con miembros, alcance, o presencia internacional y unos fines comunes.

¹³⁰ Por otra parte, las ONG's son entidades de derecho privado, creadas en un solo Estado, para organizar privadamente la asistencia social pero que después se han ampliado al ámbito internacional; están constituidas por fundaciones, asociaciones o instituciones, es decir están creadas fuera de todo acuerdo intergubernamental.

se establece el origen y su personalidad internacional. En cambio las ONG's son creadas por iniciativa privada¹³¹.

1.3.8.3 Empresas Transnacionales

Conocidas también como empresas multinacionales¹³² las cuales son constituidas con base a un instrumento jurídico internacional y formadas por todo o algunos de las partes signatarias de dicho instrumento; así cuando los Estados miembros de un acuerdo regional deciden constituir una empresa con participación de los mismos a nivel regional se constituirá una empresa multinacional, generalmente de carácter público.¹³³ A menudo estas empresas se interesan por que sus relaciones jurídicas contractuales con Estados extranjeros, se sustraigan de manera parcial o completa de la legislación local de los socios contractuales, esto se vuelve posible en Estados con una tradición jurídica estable o que son políticamente estables, lo que puede terminar en un cambio de régimen; es en el caso de los tratados de concesión con Estados extranjeros las empresas transnacionales aseguran el contenido del contrato frente a las modificaciones legales, conocidas como cláusulas de estabilidad, se han desarrollado intentos de elaborar un régimen de conducta internacional para las empresas transnacionales, los llamados Códigos de Conducta¹³⁴.

1.4. Responsabilidad Internacional de los Estados

¹³¹ Pueden ser religiosas, empresariales, profesionales, etc., basándose en el marco jurídico del Derecho Interno de un Estado, al asociarse con personas físicas o jurídicas de diferentes nacionalidades para lograr diferentes objetivos que rebasan el ámbito internacional y se convierten en sujetos de Derecho Internacional.

¹³² **HERDEGEN, Matthias** op. Cit. P 110. Según <http://www.businessweek.com> estas son algunas de las empresas multinacionales más conocidas: Coca Cola, Microsoft, IBM, GE, Intel, Nokia, Toyota, Disney, Mc Donald's, Mercedes-Benz, Citi, Marlboro.

¹³³ **PEREZNIETO CASTRO, Leonel** *Terminología Usual en las relaciones internacionales, Derecho Internacional Privado*, Acervo histórico diplomático, Secretaria de Relaciones Exteriores, 1ª Edición, México 1981. Pp. 67- 69. por ejemplo podemos mencionar el caso de ALBA petróleo.

¹³⁴ **HERDEGEN, Matthias** op. Cit. P 111-112. Los cuales no son mas que recomendaciones que los Estados deben adoptar en forma individual en el marco de su propio poder reglamentario, en el marco de las Naciones Unidas se ha elaborado un catalogo de obligaciones para las empresas transnacionales (Global Compact).

Al ser el Estado el sujeto internacional por excelencia, debe centrarse la atención en la responsabilidad internacional del mismo, esta puede provenir de conductas violatorias que atacan los derechos de otro Estado, si tales personas, bienes o derechos están protegidos por normas internacionales¹³⁵. Siempre que se viola un deber establecido en cualquier regla de derecho internacional, automáticamente surge una relación jurídica nueva. Esta relación se establece entre el sujeto al cual el acto es imputable, que debe "responder" mediante una reparación adecuada, y el sujeto que tiene derecho de reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación¹³⁶.

1.4.1 Violación de una Obligación Internacional

El artículo 1 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, enuncia el principio fundamental de que la responsabilidad se deriva de todo hecho internacionalmente ilícito realizado por un Estado¹³⁷, tradicionalmente se entendía que estas relaciones eran bilaterales, pero se ha aceptado progresivamente que existen hechos que implican responsabilidad incluso respecto la comunidad internacional, por la violación de normas *erga omnes*.¹³⁸

La violación existe cuando el comportamiento de un Estado no se ciñe a lo que le exigen sus obligaciones, sea cual sea la fuente y naturaleza de éstas. La obligación debe estar en vigor para el Estado en el momento en que se realiza el hecho ilícito, la licitud o ilicitud del hecho

¹³⁵ **KELSEN, Hans**, *Théorie Pure du Droit*, trad. al francés de la 2a. edición, por Charles Eisenmann, editorial Dalloz, París, Francia, 1962, pp. 12 y ss. Un ejemplo de ello puede ser el territorio considerado como reserva natural por un Estado y la falta de otro, al contaminarlo.

¹³⁶ **DIEZ DE VELASCO, M.**, *Instituciones del Derecho Internacional*, editorial Tecnos, 11ª edición, Madrid, España, 1999. p. 62. la responsabilidad internacional es eminentemente reparatoria.

¹³⁷ <http://www.reei.org/reei4/PerezGiralda.PDF> Sitio Web visitado el 20 de marzo de 2011. así mismo también el que es realizado por un sujeto atípico del derecho internacional.

¹³⁸ **CANCADO TRINDADE, A.A.**, *A Humanizacao do Direito Internacional*, S. E. Editorial del Rey, Sao Paulo, Brasil. 2006. pp. 3 y 409. dado que por definición son de aplicación general.

se establece de acuerdo con el Derecho internacional, es irrelevante que el Derecho interno del Estado infractor califique el hecho como lícito¹³⁹.

1.4.1.1 Atribución del Hecho

Se considera hecho atribuible al Estado, el provocado por el comportamiento de cualquiera de sus Órganos, ya que este es quien coordina su actuación y responde ante sus mismas acciones¹⁴⁰. También los de las personas o entidades que, sin ser Órganos del Estado, estén facultadas por el Derecho interno para ejercer atribuciones del poder público y actúen en el ejercicio de dicha capacidad. Finalmente, el Estado será responsable por los hechos cometidos por particulares bajo sus instrucciones o control, o si reconoce, ampara o comparte la actuación de aquéllos¹⁴¹.

Existe responsabilidad cuando un Estado ayuda o presta asistencia a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. También cuando dirige y controla a otro Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Finalmente cuando coacciona a otro Estado para la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Son elementos de la Responsabilidad internacional: elemento subjetivo del hecho ilícito, el cual consiste en el comportamiento imputable a un Estado; elemento objetivo, implica la violación de una obligación internacional del Estado, para que un Estado incurra en responsabilidad internacional es necesario que un acto ilícito le sea imputado, que exista

¹³⁹ **GOMEZ ROBLEDO, Alonso**, *Derecho Internacional, Temas Selectos, Estudios de Derecho Internacional Publico*, UNAM Vol. XII, 5ª edición, México D.F, México 2008. p. 208. Consideramos esta postura la mas acertada en vista que lo que para un Estado pueda ser lícito no signifique la licitud en el ámbito Internacional, como ejemplo podemos mencionar la legislación de la Alemania Nazi, en la cual las normas eran legales y quien las dictaba era el mismo Estado.

¹⁴⁰ **GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo**. *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*. Editorial Losada Buenos Aires, 1942, pp. 109 ss. Ejemplo de ello las actuaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁴¹ **JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo**, *Homenaje a Le Droit International Dans un Monde en Mutation, T I, II*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1994. p.432. En este sentido podemos mencionar la actuación de grupos paramilitares.

una violación de un deber impuesto por un estándar jurídico internacional.¹⁴²

Para muchos debe incluirse como elemento de la Responsabilidad el daño, sin embargo, quienes lo afirman sólo ven ésta en relación con el perjuicio causado a extranjeros, ya que se viola una obligación de no causar perjuicio. El daño no forma parte de las reglas primarias, ya que se refiere a implementaciones en el ámbito judicial o diplomático. El requisito de daño es un principio jurídico que prescribe que nadie tiene acción sin un interés de carácter jurídico.

1.4.1.2 Circunstancias Excluyentes de la Ilícitud del Hecho

La ilicitud del acto de un Estado puede excluirse respecto de otro Estado si éste consiente la acción, o si se trata de una contramedida respecto de otro hecho ilícito cometido por el segundo Estado contra el primero. No obstante, existen obligaciones de derecho humanitario y derecho internacional de los derechos humanos que deben cumplirse en todo caso, incluso en el ejercicio de la legítima defensa,¹⁴³ como también deben acatarse las normas de *ius cogens*.

1.4.2 Contenido de la Responsabilidad Internacional

El Estado que incurre en responsabilidad internacional queda sujeto a una serie de consecuencias jurídicas. En primer lugar, no cesa el deber de cumplir con la obligación violada. El Estado debe también poner fin a la conducta infractora, si ésta continúa, y a ofrecer garantías de que no se repetirá adicionalmente, el Estado está obligado a reparar el

¹⁴² **FIX ZAMUDIO, Héctor**, *El derecho comparado en los sistemas Interamericano y Europeo*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2 edición, México D.F. México 2008. p.152. Partiendo del principio de legalidad podemos establecer que no incurriría en responsabilidad un Estado que en la consecución de un determinado hecho, este no se encuentre regulado como ilícito en el derecho internacional.

¹⁴³ **CRAWFORD, James**, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios*. Editorial Dykinson, SL. 84-9772-529-8, Madrid, España 2004. p. 208. Recogida en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. La fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad excluyen la ilicitud en los casos determinados por los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional.

perjuicio causado, tanto material como moral, incluyendo éste el honor, dignidad y prestigio de un Estado¹⁴⁴. El proyecto recoge tres medidas, cada una de las cuales es subsidiaria respecto de las anteriores.

- La restitución o *restitutio in integrum*, si es posible y no supone una carga desproporcionada.
- La indemnización, incluyendo el lucro cesante.
- La satisfacción, que puede consistir en "un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal" u otros actos adecuados, siempre que no sean desproporcionados respecto del perjuicio ni humillantes para el Estado responsable.

1.4.2.1 Modo de Hacer Efectiva la Responsabilidad Mediante Invocación

La invocación de la responsabilidad consiste en la adopción de medidas relativamente oficiales, como la presentación de una reclamación o la incoación de un proceso jurisdiccional o cuasi jurisdiccional; la mera protesta no debe entenderse como invocación de responsabilidad¹⁴⁵. La invocación deberá notificarse al Estado infractor, pudiendo especificar el comportamiento que debería adoptar éste y la forma que debería adoptar la reparación, según el Estado que reclame. Además, el artículo 48 del

¹⁴⁴ Asunto *Rainbow Warrior* (Nueva Zelanda c. Francia) El 10 de julio de 1985 fue hundido en el puerto de Auckland el buque *Rainbow Warrior*, abanderado de la organización ecologista internacional Greenpeace que había desplegado una flotilla en el atolón de Mururoa, en la Polinesia francesa, en protesta contra las pruebas nucleares francesas en el Pacífico Sur. Más adelante, en noviembre, serían juzgados dos agentes secretos franceses acusados de homicidio involuntario (un miembro de la tripulación del *Rainbow Warrior* resultó muerto por la explosión) y condenados a 10 años de prisión en Auckland. Posteriormente, el gobierno francés pediría la repatriación de los agentes, hasta que en julio de 1986 ambos gobiernos llegarían al acuerdo de que los agentes serían trasladados al atolón Hao, en la Polinesia francesa, donde seguirían tres años más en prisión. El Gobierno francés hizo una declaración formal de disculpa por su participación en el asunto de *Rainbow Warrior* y pagó al Gobierno de Nueva Zelanda 7 millones de \$ neozelandeses de indemnización.

¹⁴⁵ **CRAWFORD, James**, op. cit. p.305 La invocación es un derecho del Estado lesionado. Si son varios los afectados, cada uno podrá invocar la responsabilidad por separado. Un Estado está legitimado para invocar la violación de una obligación que el Estado infractor tiene frente a un grupo de Estados o frente a toda la comunidad internacional si le afecta especialmente o si la violación es de tal índole que condiciona el cumplimiento por las demás partes, como es el caso del incumplimiento de un tratado de desarme.

proyecto de la Comisión de Derecho Internacional afirma que un Estado podrá invocar la responsabilidad de otro, aunque no pueda entenderse lesionado.

Podrá, en primer lugar, si la obligación existe en relación con un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para tutelar un interés colectivo del grupo; en segundo lugar, si la obligación existe frente a la comunidad internacional: es decir, obligaciones *erga omnes* en sentido estricto. Como ejemplos de esto cabe destacar la prohibición de los actos de agresión y genocidio, el cumplimiento de los "principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial"¹⁴⁶; también el derecho de los pueblos a la libre determinación¹⁴⁷.

1.4.3 Efectos de la Responsabilidad Internacional

Un Estado cumple con su responsabilidad por la violación de una norma internacional reparando el daño causado. La reparación es un término genérico que puede consistir en Restitución, indemnización o satisfacción. Los principios básicos de la Reparación los establece la Corte Permanente de Justicia Internacional:

“La reparación debe borrar las consecuencias del acto ilícito y reestablecer la situación a la que hubiese existido de no darse este hecho. Restitución en especie, si ello es posible, o el pago de una suma equivalente, atribución de daños y perjuicios que no sean cubiertos por la reparación o pago sustitutorio son los principios para determinar el monto de de la indemnización”¹⁴⁸

¹⁴⁶ Asunto *Barcelona Traction*, resuelto por la Corte Internacional de Justicia

¹⁴⁷ Asunto *Timor Oriental* (Portugal c. Australia)

¹⁴⁸ **CPJI**, caso Chorzow, sent. del 13-9-1928 http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/8d1ee5f8_10c89e05c1_256cc60058a9c4 sitio Web visitado el 21 de abril de 2011. Es un principio general del Derecho internacional, reconocido desde

1.4.3.1 Restitución

Restitutio in integrum o restitución en especie el medio de reparación por excelencia, que consiste en restablecer efectivamente la situación que debería haber existido en caso de no haberse producido el hecho ilícito, ya sea por el cumplimiento de la obligación o por la revocación del acto ilícito, tal es el caso de la Convención de Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores¹⁴⁹. Sin embargo son pocos los casos en los que opera ya sea por la imposibilidad material jurídica de volver las cosas al estado que tenían, por lo que es común que opere la indemnización.

El Derecho Internacional Público reconoce que el Estado infractor puede negarse a la restitución natural y suplirla con una indemnización de igual valor, si la demanda de restablecimiento implica un abuso de derecho, esto sucede al solicitarse la restitución a pesar de haberse ofrecido la indemnización equivalente y el volver al estado anterior ocasiona gastos desproporcionados.

1.4.3.2 Indemnización

Es la forma más usual. La indemnización debe compensar todos los daños producidos por el acto ilícito, incluidos los Daños y perjuicios, más no las ganancias presuntas o demasiado remotas o especulativas. El objeto de la indemnización es borrar todas las consecuencias del acto ilícito y debe corresponder al valor que tendría la restitución en especie tal es el caso en el cual la corte interamericana de Derechos Humanos ordeno la indemnización de un ecuatoriano al Estado de Panamá por

larga data, que toda violación a una obligación internacional entraña la obligación de proveer reparación.

¹⁴⁹ **CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES**, Adoptado en: Montevideo, Uruguay, Fecha: 07/15/89, aun no ratificado por El Salvador. Cabe aclarar que la restitución del menor conforme a esta convención, no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva sobre la causa principal.

actos inhumanos¹⁵⁰. Sólo se presenta cuando: la reparación en especie no es susceptible, por medio de acuerdo de partes o cuando las consecuencias de un hecho ilícito sean totalmente resarcibles recurriendo a la restitución.¹⁵¹

1.4.3.3 Satisfacción

Es el medio adecuado para reparar los perjuicios no materiales ocasionados a la dignidad de un Estado. Se diferencia de la restitución ya que la satisfacción no logra el restablecimiento del statu quo ante y de la indemnización ya que aquélla no es de carácter pecuniario, aunque pudiera llegar a ser pecuniaria, sin embargo se diferencian ya que la satisfacción busca reparar un daño de carácter moral. Son formas de satisfacción las siguientes¹⁵²:

- Presentación de excusas. Es el medio más usado que se manifiesta a través de medios y procedimientos diferentes: desde declaraciones hasta rendir honores públicos a la Bandera del Estado ofendido.
- El castigo a la persona autora del daño moral. A través de la imposición de una pena al individuo que dio origen a la responsabilidad imputable al Estado por la medida que debería haber adoptado y la declaración judicial de la ilegalidad del acto. Por sí sola es un medio idóneo para satisfacer el daño.
- Satisfacción de carácter pecuniario. Se clasifica como satisfacción porque su fin no implica una reparación directa del daño

¹⁵⁰ <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/cidh-condena-trato-cruel-a-ecuatoriano-447575.html> sitio Web visitado el 3 de mayo de 2011. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en Costa Rica, condenó a Panamá por tratos crueles e inhumanos al inmigrante ecuatoriano Jesús Tranquilino Vélez Loo, durante un proceso en el que lo mantuvo detenido y luego lo deportó entre los años 2002 y 2003.

¹⁵¹ Algunos consideran el daño no se repara, sólo cuando es compensado o puede restituirse parcialmente y sólo se indemnizará por lo que no se pueda subsanar.

¹⁵² http://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_internacional_del_estado sitio Web visitado el día 3 de mayo de 2011. La satisfacción, que puede consistir en "un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal" u otros actos adecuados, siempre que no sean desproporcionados respecto del perjuicio ni humillantes para el Estado responsable.

ocasionado. El criterio fundamental para determinar la reparación deberá ser proporcional a la naturaleza de la obligación violada y, en su caso, a los daños ocasionados¹⁵³.

1.5. Sanciones del Derecho Internacional Público

Una de las peculiaridades de la comunidad internacional es su carácter inorgánico, por lo cual carece de órganos de ejecución. Así, la represión de los hechos ilícitos únicamente puede llevarse a cabo por los mismo Estados y por algunas Organizaciones Internacionales. Entre las medidas reconocidas como medios lícitos de sanciones se encuentran la retorsión, las represalias pacíficas, la legítima defensa y la autoprotección.

1.5.1 La Retorsión¹⁵⁴

Es la realización de un acto que entra dentro de la legalidad internacional, pero no dentro de las buenas prácticas, son en si actos inamistosos sobre el Estado que comete el hecho internacionalmente ilícito. Son medidas lícitas siempre, no violan ninguna obligación jurídica que el Estado que las adopta tiene respecto del otro Estado. Disminuye las facilidades (administrativas, financieras, aduaneras) para con el otro Estado, o respecto a ciudadanos del segundo Estado en territorios del primero en situaciones irregulares.

1.5.1.1 Contramedida¹⁵⁵

El Estado lesionado, para obtener la cesación y reparación del hecho ilícito, puede realizar determinados actos que, en condiciones normales, serían contrarios a sus obligaciones internacionales. Estos

¹⁵³ En la práctica se lleva a cabo conforme al daño sufrido, más que a la violación, cuando un Estado está imposibilitado para cubrir el monto de ésta sólo será responsable hasta por el monto de su patrimonio.

¹⁵⁴ BOHDAN T. Halajczuk, María Teresa Del R. MOYA DOMÍNGUEZ. op. cit. P.692

¹⁵⁵ *Ibid.* P.693. A diferencia del derecho interno en el Derecho Internacional no existe un sistema institucionalizado de aplicación coercitiva del derecho, lo cierto es que en el derecho internacional impera la autotutela a la hora de aplicar coercitivamente el derecho en la resolución de los conflictos.

actos se denominan contramedidas, que son un elemento de un sistema descentralizado que trata de hacer efectivos los derechos de los Estados. No obstante, al tratarse de una forma de autotutela, las contramedidas se prestan a abusos. El proyecto de Comisión de Derecho Internacional trata de evitarlos estableciendo límites y condiciones a su ejercicio.

1.5.1.2 Limitaciones

Antes de adoptar una contramedida, todo Estado deberá innovar la responsabilidad del Estado infractor y requerirle que cumpla sus obligaciones. Además, notificará la decisión de adoptar contramedidas y ofrecerá una negociación, salvo que la adopción de aquéllas deba realizarse de inmediato para la defensa de sus derechos. Las contramedidas no tienen carácter punitivo, sino que están encaminadas a inducir al Estado infractor a cumplir las obligaciones derivadas de la responsabilidad. Por eso, tienen carácter temporal y deberán suspenderse cuando el hecho internacionalmente ilícito haya cesado o la controversia se haya sometido a un tribunal internacional.¹⁵⁶

1.5.1.3 Obligaciones que No Pueden Suspenderse

Las contramedidas no pueden afectar a determinadas obligaciones: La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza, tal y como se enuncia en la Carta de las Naciones Unidas; Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales; Las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias; Con carácter general, todas las obligaciones que emanan de normas de *ius cogens*¹⁵⁷. Además, deberán cumplirse todas

¹⁵⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_internacional_del_estado sitio Web visitado el 6 de mayo de 2011. Este carácter temporal se suspende salvo que el Estado no aplique de buena fe los procedimientos de solución de controversias. En todo caso, cuando se haga efectiva la responsabilidad, las contramedidas se interrumpirán de inmediato.

¹⁵⁷ **CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS**, op. cit. Art. 2.6. ()... La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales. ()...

las obligaciones que se hayan derivado de un procedimiento de solución de controversias aplicable entre el Estado lesionado y el infractor, así como las relativas al respeto de la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares.

1.5.1.4 Medidas Contra Violaciones Graves de Normas Imperativas

Se entienden como tales las violaciones flagrantes y sistemáticas de normas de *ius cogens*. Entre los criterios que pueden considerarse para medir la gravedad de una infracción se encuentran la intención de violar la norma, el número de violaciones individuales o la gravedad de las consecuencias que se acarree a las víctimas. Toda norma de *ius cogens* tiene alcance *erga omnes*¹⁵⁸, por lo que todos los Estados pueden adoptar medidas lícitas para poner fin a la violación. Además, los artículos de la Comisión de Derecho Internacional afirman que ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave, ni prestará ayuda o asistencia para su mantenimiento.

1.5.2 Las Represalias Pacíficas

Consiste en injerencias jurídicas del Estado lesionado, en bienes o derechos jurídicos del Estado culpable, a fin de que cumpla con su responsabilidad internacional, actualmente las únicas represalias que se encuentran permitidas son las pacíficas, que deberán guardar una relación de proporción con el hecho ilícito sufrido y habrán de suspenderse en el momento en que se repare el daño ocasionado o se satisfaga la responsabilidad internacional originada.

1.5.3 La Legítima Defensa

Es una reacción violenta e inmediata contra las agresiones ilícitas, actuales o inminentes de otro Estado o grupo de Estados contra el

¹⁵⁸ CACADO TRINDADE, A.A., *A Humanizacao...* op. cit. pp. 3 y 409

territorio, buques, aeronaves o fuerzas armadas de un Estado. Se encuentra regulado en la carta de la Organización de las Naciones Unidas¹⁵⁹ en su artículo 51 y en el proyecto de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, como circunstancia excluyente de ilicitud del hecho.

1.5.4 La Autoprotección

Una de las obligaciones del Estado es dar la debida protección a los extranjeros. Si un Estado no cumple con dicha obligación, porque no quiere o por no estar en condiciones de cumplir con la misma, el Estado perjudicado puede intervenir excepcionalmente en el territorio del Estado culpable y ejercer los poderes de policía para proteger a sus nacionales. En sentido más amplio, se extiende la institución de autoprotección a la reacción contra los peligros que amenazan el propio territorio del Estado desde el territorio de otro Estado.¹⁶⁰

Al realizar una mirada retrospectiva del presente capítulo, podemos apreciar el complejo sistema jurídico que regula las relaciones entre los Estados, estas relaciones se plasman en muchos casos en tratados internacionales, por lo que es necesario considerar que estos deben guardar coherencia y armonía con el ordenamiento interno de cada uno de los Estados que los suscriben, a efecto de no colisionar con su normativa interna, específicamente con la constitución la cual dicho sea de paso, tiene que estar apegada a los derechos humanos en general, a la vez que debe permitir a los Estados cumplir sus obligaciones adquiridas en el ámbito internacional a efecto de poder desarrollar esas relaciones cada vez mas amplias entre Estados.

¹⁵⁹ <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm> sitio Web visitado el 22 de abril de 2011. ()... no se menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas ()...

¹⁶⁰ **BOHDAN T. Halajczuk, María Teresa Del R. MOYA DOMÍNGUEZ.** op. cit. P 719. La Autoprotección nace con el hombre mismo, entenderemos que es el recurso con el cual cuenta un Estado para preservar su población su sistema Jurídico y la de su ambiente, el enfrentar situaciones de conflicto con otros Estados, incluso conformando agrupaciones a nivel mundial siguiendo estrategias para establecer medidas de protección.

CAPITULO II

LA PROBLEMÁTICA DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SALVADOR

Sumario. 2. Antecedentes Históricos de la Desaparición Forzada. 2.1. Orígenes de la Desaparición Forzada de Personas. 2.1.1. Edad Antigua. 2.1.1.1 El Judaísmo. 2.1.1. 2 Grecia. 2.1.1.3 Roma. 2.1.2 Edad Media. 2.1.3 Edad moderna. 2.1.4 El fenómeno de la Desaparición Forzada. 2.2 Conceptualización jurídica de la Desaparición Forzada. 2.2.1 La Organización de Naciones Unidas. 2.2.2 La Corte Penal Internacional. 2.2.3 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2.2.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2.2.5 Otras definiciones sobre desaparición forzada. 2.3 Tipos de desaparecidos. 2.4 Conflicto Armado en El Salvador y la Desaparición Forzada de la niñez durante el conflicto armado. 2.4.1 Orígenes de la Desaparición forzada en El Salvador. 2.5 Causas que produjeran las desapariciones de los niños y niñas durante el conflicto armado salvadoreño. 2.5.1 Desapariciones forzadas realizadas por la fuerza armada salvadoreña y el FMLN. 2.6 Violación a la Seguridad Jurídica de la niñez mediante la practica de la desaparición forzada. 2.6.1 Definición jurídica de “menor”. 2.6.2 El Impacto de las Desapariciones en los menores. 2.6.3 Violación de los derechos humanos por la desaparición forzada de un menor. 2.6.4 Obligaciones del Estado y derechos del menor. 2.7 Victimización de las familias de la niñez desaparecida. 2.8 Intereses políticos como obstáculo en la resolución de los casos de niños y niñas desaparecidas durante el conflicto armado salvadoreño. 2.9 Sobre la obstaculización en la búsqueda e implementación de medidas en Pro de la niñez desaparecida.

2. Antecedentes Históricos de la Desaparición Forzada

Las desapariciones forzadas, no son ajenas a la historia y a la realidad actual internacional y con gran énfasis en nuestro país, hechos atentatorios contra la dignidad humana se cometieron con mayor sistematización en el conflicto armado vivido en la década de los ochentas¹⁶¹. De forma general se afectó a la sociedad salvadoreña en su totalidad pero con gran agravante al realizarse en la niñez, al violentársele su seguridad jurídica. Sin embargo, en las violaciones a los derechos de los niños que fueron separados de sus grupos familiares naturales, es

¹⁶¹ MENA SANDOVAL, Capitán Francisco Emilio. *Del Ejercito Nacional al Ejercito Guerrillero* Ediciones Arcoíris San Salvador, El Salvador 1ª Edición, 1990. p. 11-19. En la década de los años ochentas, El Salvador vivió una de las peores etapas de su historia, debido a la represión del Gobierno, la sociedad civil se organizo en armas, conformando distintas organizaciones como, FPL, ERP, entre otros, los cuales se enfrentaron al Gobierno.

necesario efectuar acciones y tomar medidas legales tendientes para restituir sus derechos, entre ellas podemos mencionar la adopción de instrumentos normativos internacionales para garantizar la seguridad jurídica de la niñez víctima de la desaparición forzada.

Es importante destacar los antecedentes de la desaparición forzada a través de la historia, estos hechos atentatorios contra la dignidad y la vida humana, a fin de constatar como se han manifestado desde tiempos remotos, siendo así, uno de los delitos contra la humanidad a lo largo de los diversos estadios históricos. Los casos que se ponen de relevancia si bien no cumplen con los requisitos que actualmente se establece para constituir que una desaparición sea considerada como desaparición forzada, pero sirven como referente para apreciar como se ha ido conformando la desaparición como instrumento de eliminación de personas, que atentan a los intereses de particulares, llegando incluso a emplearse de manera sistemática, por los agentes del Estado, caso en el que ya se habla propiamente de desaparición forzada de personas.

2.1. Orígenes de la Desaparición Forzada de Personas.

2.1.1. Edad Antigua.

2.1.1.1 El Judaísmo.

Podemos mencionar la desaparición de José, relato que se extrae de la Biblia, "Judá les dijo a sus hermanos: ¿qué ganamos con matar a nuestro hermano, y después trata de ocultar su muerte? Es mejor que lo vendamos a los ismaelitas, sus hermanos estuvieron de acuerdo con él, los hermanos de José lo sacaron del pozo y lo vendieron a los ismaelitas, cuando Rubén regresó al pozo y no encontró a José allí adentro, rasgó su ropa en señal de dolor, entonces ellos tomaron la túnica de José y la mancharon con la sangre de un cabrito que mataron.

Luego de haber hecho esto mandaron la ropa a su padre, en cuanto Jacob la reconoció, dijo: "¡sí, es la túnica de mi hijo! Algún animal salvaje lo hizo pedazos y se lo comió", entonces Jacob rasgó su ropa y se vistió de luto. En Egipto, los medianitas vendieron a José a un hombre llamado Potifar, que era funcionario del faraón, el rey de Egipto, y capitán de su guardia¹⁶². Este se considera como un caso de desaparición forzada porque el padre de José no tenía conocimiento del verdadero paradero de su hijo, quien fue llevado contra su voluntad a Egipto.

2.1.1.2 Grecia.

Otra evidencia de desaparición forzada podemos encontrarla en la literatura antigua, como es el caso de la literatura griega; teniendo ejemplo de esto en los relatos de Sófocles, en su obra "Edipo Rey" donde habla de una desaparición forzada, al hacer referencia a la desaparición de "Edipo" cuando él siendo apenas un bebé su padre lo manda matar, pero la persona a quien se le ordenó hacerlo no asesinó al niño, y lo entregó a unas personas pero tanto su padre Layo como su madre Yocasta, no sabían que había sido de él¹⁶³.

Siempre en la literatura griega podemos citar la obra de Homero denominada "La Odisea", que relata la historia de Ulises quien luego de haber peleado durante diez años en la Guerra de Troya, vuelve hacia su reino Ítaca, siendo tomado como cautivo por Calipso una ninfa que deseaba se desposara con ella. Gracias a la intervención del dios

¹⁶² SANTA BIBLIA, *Antiguo y Nuevo Testamento*, versión revisada y cotejada con los textos en Hebreo, arameo y griego, Reina-Valera 2009, Salt Lake City, Utah, E.U.A, Libro de Génesis Cap. 37. La Biblia es una compilación de textos que en un principio eran documentos separados (llamados «libros»), escritos primero en hebreo, arameo y griego durante un periodo muy dilatado y después reunidos para formar el Tanaj (Antiguo testamento para los cristianos) y luego el Nuevo testamento. Ambos testamentos forman la Biblia cristiana.

¹⁶³ TRAGEDIA GRIEGA, *Prometeo Encadenado; Edipo Rey; Electra*, Editorial Clásicos Roxsil. S.A de C.V San Salvador, El Salvador, 2001, Págs. 29-68. La tragedia griega es un género teatral originario de la Antigua Grecia. Inspirado en los ritos y representaciones sagradas que se hacían en Grecia y Asia Menor, alcanza su apogeo en la Atenas del siglo V a. C. Llega sin grandes modificaciones hasta el Romanticismo, época en la que se abre la discusión sobre los géneros literarios, mucho más de lo que lo hizo durante el Renacimiento.

Poseidón, lo mantiene como rehén durante largo tiempo. Luego de veinte años Ulises logra arribar a Ítaca, donde se reúne con su esposa Penélope, y su hijo Telémaco¹⁶⁴.

2.1.1.3 Roma.

Los fundadores del gran Imperio Romano, Rómulo y Remo, que según la leyenda fueron amamantados por una loba (llamada Luperca). Los legendarios padres de Roma, luego de haber cimentado las bases de lo que sería el modelo de civilización en la edad antigua, llegaron a tener discordancias hasta llegar al punto de enfrentarse violentamente, asesinando Rómulo a Remo. A los cincuenta años Rómulo desapareció repentinamente, suponiéndose que fue asesinado por sus enemigos.

2.1.2 Edad Media.

En esta etapa uno de las más famosas desapariciones, es la del Rey Ricardo Corazón de León, quien mientras regresaba de la Tercera Cruzada, con el Rey Felipe de Francia, fue capturado por el Duque de Austria quien lo apresó y lo mantuvo prisionero por largo periodo hasta que un amigo de Ricardo al buscarlo por toda Europa lo encontró, posteriormente el duque le liberó luego del pago de un cuantioso rescate. Durante su ausencia, el hermano de Corazón de León, Juan Sin Tierra se apoderó del trono de Inglaterra, Una vez liberado Corazón de León regresó a Inglaterra y retomó el trono.¹⁶⁵

¹⁶⁴ **HOMERO.** *La Odisea*, Plaza Editores, 2ª Edición, México, México D.F. Pág. 10. es el nombre dado al poeta y rapsoda griego antiguo al que tradicionalmente se le atribuye la autoría de las principales poesías épicas griegas la *Ilíada* y la *Odisea*. Desde el periodo helenístico se ha cuestionado si el autor de ambas obras épicas fue la misma persona; sin embargo, anteriormente no sólo no existían estas dudas sino que la *Ilíada* y la *Odisea* eran considerados relatos históricos reales.

¹⁶⁵ **CORAZON DE LEON, Ricardo,** *Biografía*, <http://www.vidasdefuego.com/rickycl.htm> sitio visitado el 8 de diciembre de 2010. Nació un 8 de Septiembre del 1157 en Oxford, a orillas del río Támesis. Sería considerado por muchos el símbolo vivo de las historias de caballería, del héroe romántico que lucha por la justicia de manera implacable y brutal. Tercer hijo del Rey Enrique II y de Leonor de Aquitania, noble francesa.

Posteriormente la planificación, e identificación de los sujetos a desaparecer (por ello se cita el caso de Ricardo Corazón de León¹⁶⁶), y luego aplicándolo de manera indiferente para aplacar levantamientos subversivos de manera colectiva, infundiendo condiciones de represión ejemplares, y de prolongado efecto en la sociedad. Claro está, que no son los únicos casos suscitados, pero por ser de amplio conocimiento se tuvieron en consideración a manera de ejemplos en lo que respecta a la desaparición forzada. Con el devenir del tiempo, y el cambio de las relaciones políticas, se llegó a una inescrupulosa implementación de éste delito por el ente Estatal, produciendo consecuentemente reflexiones sobre las medidas a implementar para evitar que se continúe utilizando.

2.1.3 Edad Moderna

Con referencia a los antecedentes históricos sobre los orígenes de la desaparición forzada de personas por parte del Estado en la Edad Moderna (agentes, personas o grupos a su servicio llegando incluso a utilizar instituciones estatales de seguridad), se puede mencionar que este ha utilizado el terror desde sus inicios como institución legitimadora de la violencia en el seno de las sociedades, podemos considerar que el fenómeno de la desaparición forzada de personas como expresión represiva por parte del aparato del Estado, comienza a esbozarse a partir de la Segunda Guerra Mundial, en el año 1940, durante la ocupación Nazi de varios países europeos denominándose como el Holocausto¹⁶⁷, Adolf

¹⁶⁶ Los ejemplos que han sido planteados, como manifestación de Desapariciones forzadas, no satisfacen en totalidad los elementos y características que conforman el delito en estudio (como veremos mas adelante); a pesar de lo cual tienen el mismo nivel de afectación en los allegados al desaparecido, y en el grupo social; y es ahí donde se apreció su efectividad. Son por lo tanto, muestra de la evolución que éste tuvo, e ilustran la manera en que fue aplicándose a lo largo de la historia, de manera insipiente, esporádica e individual en un inicio (como en el caso de José en la Biblia), hasta incorporarse elementos como la practica por ostentadores del poder público, valiéndose de tal calidad, y empleando los mecanismos de seguridad estatales.

¹⁶⁷ En historia, se identifica desde finales de la década de 1950 con el nombre de Holocausto a lo que técnicamente también se conoce, siguiendo la propia terminología del Estado nazi, como *Solución Final* (en alemán, *Endlösung*) de la *cuestión judía*, esto es, el intento de aniquilar totalmente a la población judía de Europa que culminó con el asesinato de algo más de seis millones de judío mediante gas venenoso, balas, horcas, porras, puños, hambre y trabajo extenuante.

Hitler dictamina una orden militar conocida como "balance del terror" que reprime severamente los actos de la resistencia con resultado de muertes.

Así, por cada militar alemán muerto, habría como represalia de los ejércitos del Tercer Reich, un número determinado de ejecutados de la resistencia y población civil en consonancia con el grado del uniformado muerto. Dicha orden implantaba la práctica de la detención de rehenes entre la población civil y especificaba la idea de estructurar un sistema orgánico de desinformación sobre las listas de detenidos, tanto del lugar de la detención como para las condiciones en las cuales se encontraban y esta orden de Hitler, ratificada de inmediato por el Estado Mayor Alemán, es el primer antecedente formal e institucionalizado utilizado por el Estado para un sistema de desaparición forzada de personas utilizado como método de detención.¹⁶⁸

De esta orden transcurrió un año y en 1941 Hitler puso en práctica otro decreto, conocido más tarde como "Noche y Niebla"¹⁶⁹, donde se expuso las formas mediante las cuales el Estado Nazi esperaba llegar a "la solución final del problema judío": el exterminio sistemático en los campos de concentración. Bergen, Buchenwald, Treblinka, Auschwitz, Maidanek. Esos nombres del horror y la indignidad están en la historia, tanto como los métodos usados para hacer desaparecer a los prisioneros y todo el sistema montado con ese fin: el desvanecimiento en la noche y

¹⁶⁸ LÁZARA, Simón, *Desaparición forzada de personas, Doctrina de la seguridad nacional y la influencia de los factores económico-sociales*, en *La Desaparición, Crimen contra la Humanidad, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos*, 1987, Buenos Aires, pag32. Además de esta ideología sobre la desaparición de personas, la ejecución del genocidio tuvo como soporte a la sociedad alemana, la más moderna y con más nivel de desarrollo técnico de Europa, y que contaba con una burocracia perfectamente organizada, es decir todo el aparato Estatal encaminado a realizar estos actos contra la sociedad civil.

¹⁶⁹ MORALES HERNANDEZ, José De Jesús, *Noche y Neblina: Los vuelos de la muerte La historia de los campos de concentración en México y los desaparecidos de la guerra en el Siglo XX* Guadalajara, Jalisco, Plaza Editores, México, agosto de 2007. Las "Directivas para la persecución de las infracciones cometidas contra el Reich o las Fuerzas de Ocupación en los Territorios Ocupados", (en idioma alemán: *Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten*), titularon un decreto firmado el 7 de diciembre de 1941 y desarrollado por una serie de directrices aplicadas por las autoridades del Tercer Reich para la represión y eliminación física de oponentes políticos al régimen nazi en los territorios ocupados, así como de combatientes enemigos miembros de la Resistencia y de prisioneros de guerra de las Fuerzas Aliadas durante la Segunda Guerra Mundial.

en la niebla. Después de la derrota de los nazis en la Segunda Guerra Mundial, y de los horrores que se conocieron y se establecieron en el Tribunal de Núremberg, en los cuales algunos responsables fueron condenados por crímenes contra la humanidad, todo parecía indicar que el respeto a los Derechos Humanos se constituiría como los valores supremos de las sociedades civilizadas.

Pero inmediatamente terminada la guerra, en 1945, comienza la llamada "Guerra Fría" y una serie de conflictos en diversos puntos del planeta siguen provocando sistemáticas violaciones de los Derechos Humanos. En los años 50 los militares franceses analizan el fracaso militar en Dien-Bien-Phu llegando a la conclusión de que el problema de su derrota fue de métodos. La solución es buscar nuevas formas de lucha. Así, los franceses toman las experiencias de los ejércitos ingleses en Malasia, de los norteamericanos en Filipinas y de los holandeses en Indonesia. Diseñan nuevas hipótesis de conflicto e intentan establecer las nuevas formas en que se enfrentarán los conflictos. Por consiguiente, emerge la teoría de un enemigo interno y de la guerra que se hace en todos los campos. La respuesta será una guerra total, extendida a todos los ámbitos.

Así surge la doctrina de la contrainsurgencia. Algunos teóricos militares, como Roger Trinquier¹⁷⁰, desarrollan la idea de la contrainsurgencia, planteando que cuando el poder político está en peligro, los militares son los únicos que disponen de medios suficientes para establecer el orden. En una situación de "emergencia", según

¹⁷⁰ **TRINQUIER, Cnel. Roger.** combatió en la Indochina francesa, donde llegó a organizar y comandar 20.000 guerrilleros nativos en lucha contra el Vietminh, abandonados luego a su suerte por franceses y americanos. En Argelia fue en 1957 uno de los jefes de la batalla de Argel, que aniquiló en la capital la organización terrorista del FLN (Frente de Liberación Nacional), reconstruida posteriormente por debilidades y complicidades políticas. Desempeñó también misiones militares en la Katanga de Moïse Tshombe. Su figura se refleja en varias de las famosas novelas de Lartéguy, desde 'Los Centuriones' hasta 'Las Quimeras negras'. Excelente conocedor de la realidad de la guerra. Obtenido en el sitio Web http://en.wikipedia.org/wiki/Roger_Trinquier visitado el 2 febrero de 2011.

Trinquier, los límites legales establecidos detienen la acción de las fuerzas militares regulares y la protección de la ley favorece al irregular. La ley es un obstáculo para la guerra total, la solución es apartar al prisionero del marco legal que pueda protegerlo. Asimismo, las tareas de inteligencia e informaciones pasan a un primer plano.

La doctrina de la contrainsurgencia en su total aplicación requiere estar por encima de la ley, para que con estas acciones no se otorguen facilidades al "enemigo", de manera que éste no sepa a qué atenerse respecto del avance de una operación: no se dan a publicidad las detenciones y se mantiene en secreto el lugar del encarcelamiento. A partir de la guerra de Vietnam¹⁷¹, comienza a desarrollarse una dimensión de la guerra que incorpora los factores psíquicos: se trata de la "guerra psicológica"¹⁷². Psicólogos sociales y antropólogos culturales estadounidenses que le dieron seguimiento científico a la guerra de Indochina, pudieron hacer observaciones significativas y llegar a conclusiones básicas acerca de la moral de defensa de los vietnamitas: lo que más afectaba psicológicamente a los vietnamitas involucrados en la guerra no era la muerte de sus vecinos o familiares a consecuencias de la agresión norteamericana, sino el hecho de no poder celebrar las ceremonias tradicionales, con las cuales acostumbraban a mostrar su luto y despedirse ritualmente de los muertos.

La ausencia de ceremonias de luto rompía el delicado vínculo cultural que relaciona a los vivos con los difuntos; esta táctica se llamó

¹⁷¹ La Guerra de Vietnam, llamada también Segunda Guerra de Indochina, fue un conflicto bélico que enfrentó entre 1964 y 1975 a la República de Vietnam, o Vietnam del Sur, apoyada principalmente por los Estados Unidos, contra la República Democrática de Vietnam, o Vietnam del Norte, apoyada por el bloque comunista, en el contexto general de la Guerra Fría. En http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_de_Vietnam sitio Web visitado el 11 de agosto de 2011.

¹⁷² **MARZO, Jorge Luis**, *Ríndete – Guerra Psicológica en el siglo XX*, CCCB, Barcelona, España, 1998. p. 19. El fin de la guerra psicológica es destruir la moral del enemigo para lograr la victoria militar y para ello se emplean dos métodos diferentes, uno el militar y otro el político. El método militar se practica en los campos de batalla, directamente contra el combatiente, mientras que el método político se dirige hacia la retaguardia, básicamente contra la población civil.

"almas errabundas" y alcanzó un valor muy significativo en la guerra psicológica contra la población vietnamita." Es necesario señalar que el Derecho Internacional Humanitario se preocupó del tema a finales de la Segunda Guerra Mundial, pero exclusivamente en relación a los casos de "desaparecidos en combate". Los Convenios de Ginebra de 1949¹⁷³ y el Protocolo Adicional de 1977¹⁷⁴ consagran la obligación de los Estados que participan en un conflicto internacional, de identificar combatientes, no combatientes y muertos en combate.

2.1.4 La Desaparición Forzada en la Actualidad.

Como se denota en el apartado anterior la Desaparición Forzada de personas es un hecho que podemos catalogar relativamente como reciente, pero a la vez muy complejo y calificado a nivel internacional como un crimen de lesa humanidad que aqueja a la mayoría de países de América latina, la cual en El Salvador golpeo con gran impacto a la niñez durante el conflicto armado, y por ello la construcción de una cultura de paz, sin resolver la deuda del Estado con las víctimas de desaparición forzada y sus familiares.

Significa mantener a la sociedad en una situación muy precaria en donde la grave inseguridad jurídica en los mecanismos de convivencia generan desconfianza por parte de la sociedad en el actuar de las

¹⁷³ **CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCION DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949**, San Salvador, a los 10 días del mes de diciembre del año de 1952, Publicado DO 24/02/53. Los Convenios de Ginebra o Convenciones de Ginebra constituyen una serie de normas internacionales para humanizar la guerra. El conjunto de los distintos Convenios dan como resultado la normalización del Derecho Internacional Humanitario, con el propósito de minimizar los efectos de la guerra sobre soldados y civiles.

¹⁷⁴ **PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCION DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949**, San Salvador, a los 4 días de julio del año de 1978, Publicado DO, 28/08/78 La Convención de Ginebra se aplica en tiempos de guerra o conflicto armado entre aquellos gobiernos que han ratificado sus términos. Los detalles de aplicabilidad se exponen en los Artículos Comunes 2 y 3. El tema de la aplicabilidad ha generado alguna controversia. Cuando la Convención de Ginebra se aplica, algunos gobiernos deben perder cierto grado de su soberanía nacional para cumplir la ley internacional. Estas leyes pueden no ser enteramente armoniosas con su constitución nacional o con sus valores culturales. A pesar de las ventajas ofrecidas por las Convenciones a los individuos, las presiones políticas pueden causar que los gobiernos se muestren reacios a aceptar sus responsabilidades.

autoridades encargadas de administrar la justicia, como es la Corte Suprema de Justicia (CSJ), la Fiscalía General de la República (FGR) y a nivel de aceptar compromisos en nombre del Estado lo son La Asamblea Legislativa y el Órgano Ejecutivo; conceptualización que veremos a través de La Organización de Naciones Unidas, La Corte Penal Internacional, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.2 Conceptualización jurídica de la Desaparición Forzada

Sobre la definición de desaparición forzada no existe un criterio uniforme, por lo que haremos referencia a las más utilizadas dentro de este ámbito. La desaparición forzada de personas ha sido a lo largo de la historia considerada como un crimen de Estado, una práctica del Gobierno o de agentes de este, con el objetivo de deshacerse de opositores políticos, eliminar evidencias de asesinatos y luego negar cualquier información sobre el paradero de los desaparecidos.¹⁷⁵

Cabe destacar un esbozo sobre las distintas definiciones que se manejan en los diversos organismos de carácter internacional como la Organización de las Naciones Unidas, La Corte Penal Internacional, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y La Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como también las apreciaciones que manejan diversos autores nacionales y otros sujetos de derecho internacional especialistas en la materia.

2.2.1 La Organización de Naciones Unidas

Desde los años setenta la comunidad internacional viene prestando especial atención a la práctica de la desaparición forzada de personas. De esto dan cuenta algunas resoluciones de la Asamblea

¹⁷⁵ **BRIJALBA ACOSTA, María Alejandra, LONDOÑO PEÑA, Catalina María**, Tesis de Grado *Análisis del delito de Desaparición Forzada*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2004 p.11

General de las Naciones Unidas¹⁷⁶. Un hito importante constituyó la creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias¹⁷⁷ por medio de la Resolución 20 (XXXVI) del 29 de febrero de 1980, en cumplimiento de la Resolución 1979/38 del Consejo Económico y Social que señalaba el carácter prioritario de la cuestión. Este Grupo constituye el primer mecanismo de protección de derechos humanos de carácter temático. Básicamente su tarea se concentra en la investigación de casos individuales, la exposición de situaciones de desaparición en diversos países y el estudio del fenómeno en su integridad. A través de sus investigaciones de carácter humanitario¹⁷⁸, no busca fijar la responsabilidad individual o Estatal, ya que no es un tribunal de justicia, interesándole la sanción penal por parte del Estado tan solo desde una perspectiva preventiva.

Este Órgano ha afirmado, en sus informes anuales, que la desaparición forzada de personas vulnera casi todos los derechos humanos. No obstante, ha precisado que el derecho a la libertad y seguridad personal constituyen los principales derechos violados, además de subrayar la infracción del derecho a un juicio imparcial, al reconocimiento de la personalidad jurídica, al régimen humano de detención y a no ser objeto de tortura. Asimismo, ha enfatizado que la

¹⁷⁶ A manera de ejemplo, señalamos la Resolución 3450 (XXX) relativa a las desapariciones en Chipre, adoptada en 1975 y la Resolución 32/128 de 1977 proponiendo la creación de un órgano, con la participación de la Cruz Roja Internacional, encargado de investigar esta práctica. De especial importancia resulta la Resolución 33/173, denominada "Personas Desaparecidas" de fecha 20 de diciembre de 1978, que más allá de expresar su preocupación y pesar por la práctica solicitó a la Comisión de Derechos Humanos que examinase la cuestión a efecto de realizar las recomendaciones del caso.

¹⁷⁷ Un antecedente de este Grupo lo constituyó, a no dudar, el Grupo de Trabajo Ad Hoc para investigar la situación de los derechos humanos en Chile, que realizó una visita *in loco* a ese país en 1978, luego de la que efectuó recomendaciones al gobierno chileno. Asimismo, lo constituye la designación de un experto para que investigue de manera exclusiva la situación de los desaparecidos en ese mismo país

¹⁷⁸ **GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS** (en adelante GTNU). Informe E/CN.4/1984/21. Párrafo 176. El Grupo de Trabajo expresa su satisfacción por la decisión tomada de establecer la Comisión Nacional de Derechos Humanos y respalda las medidas encaminadas a procesar a los supuestos autores de violaciones flagrantes de los derechos humanos. En cuanto a los 129 casos pendientes, el Grupo de Trabajo recuerda al Gobierno que, de conformidad con la Declaración, los Estados tienen la obligación permanente de hacer una investigación "exhaustiva e imparcial" (art.13) "mientras no se haya aclarado la suerte de la víctima de una desaparición forzada" (párr. 6 del art.13).

desaparición supone una vulneración del derecho a la vida y aun con la agravante cuando es realizada a la niñez. Sin embargo, la práctica también importa una flagrante violación de los derechos de los familiares de la víctima, en especial el derecho a una vida de familia, cuestión que se abordara más adelante.

Además, refiere que constituye una de las técnicas más perniciosas de violación de derechos humanos¹⁷⁹, conceptualizándolo como: un método eficaz de eliminación de adversarios políticos o sospechosos de realizar acciones subversivas al sacarlas del ámbito protector de la ley y evitar una reparación inmediata, de igual manera, como una táctica para acabar con los insurgentes o sofocar las disidencias y retirar posibles insurgentes al realizarlo en niños¹⁸⁰. En relación con la génesis del fenómeno, este se vincula con períodos de inestabilidad política interna del país donde este se produce, que a su vez opera como uno de los factores que lo determinan conjuntamente con los estados de excepción¹⁸¹, sin dejar de advertir que ni estos u otras circunstancias especiales pueden justificar la práctica¹⁸².

Considerase que un factor fundamental que alienta la práctica de la desaparición, lo constituye la impunidad, a través de la extensión de la competencia de los tribunales militares para juzgar hechos contra los

¹⁷⁹ **GTNU**. Informes E/CN.4/1984/21. Párrafo 172, E/CN.4/1985/15. Párrafo 291; y, E/CN.4/1986/21. Párrafo 286

¹⁸⁰ **GTNU**. Informe E/CN.4/1987/21. Párrafo 121. Al respecto el Grupo ha advertido que “en cuanto se inicia una campaña antsubversiva contra tales grupos (subversivos) suele aumentar el número de denuncias sobre violaciones de los derechos humanos. En estas circunstancias la impunidad es prácticamente endémica” (Informe E/CN.4/1991/20. Párrafo 407)

¹⁸¹ **GTNU**. Informe E/CN.4/1990/13. Párrafo 341, Siendo este un régimen de excepción, durante el cual se suspende el libre ejercicio de algunos derechos por parte de los ciudadanos. El control del orden interno pasa a ser controlado por las Fuerzas Armadas. Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad resulte tan gravemente alterado que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente establecer y mantenerlo.

¹⁸² **GTNU**. Informe E/CN.4/1984/21. Párrafo 172. Se entiende que en el estado de excepción se pueden restringir algunos derechos como los contenidos en los artículos 5, 6 inciso primero, 7 inciso primero y 24, con excepción de los derechos fundamentales.

derechos humanos, la inercia institucional del Poder Judicial y la inaplicabilidad del hábeas corpus¹⁸³.

En relación con las leyes de perdón o amnistía, es necesario identificar que *“cuesta aceptar que una consecuencia de facto o de jure de algunas de estas medidas sea impedir que se investigue la suerte o el paradero de las personas desaparecidas”*¹⁸⁴. Se recomienda que los países en que se haya acumulado un elevado volumen de casos realicen esfuerzos para ubicar el paradero de los desaparecidos y en común acuerdo con las familias de los desaparecidos exploren mecanismos para esclarecer los casos, entre los que no debería faltar el reconocimiento de la responsabilidad del Estado y la adopción de fórmulas adecuadas de indemnización.

Además ha resaltado el impacto devastador de esta práctica sobre los familiares de la víctima directa, y la sociedad en general, en la que se instala el miedo, insistiendo en el derecho que les asiste a los primeros en conocer el paradero de sus seres queridos¹⁸⁵. Un avance importante constituye la aprobación de la *“Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Desaparición Forzada o Involuntaria”*¹⁸⁶

¹⁸³ **GTNU**. Informe E/CN.4/1990/13. Párrafos 344 y 345. Se debe tener presente que en casos de habeas corpus por desaparición forzada no se declara improcedente por sustracción de la materia, es decir, así cese la violación a los derechos humanos siempre tendrá que haber un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión y establezca quienes son los responsables (funcionarios o personas naturales ordenadas por estos funcionarios) a efecto de que respondan ante la justicia.

¹⁸⁴ **GTNU**. Informe E/CN.4/1991/20. Párrafo 410. En tal sentido, el Grupo ha recomendado en virtud de lo establecido en la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada o Involuntaria, que los Estados se abstengan de impedir las investigaciones promulgando estas leyes con el fin de romper el círculo vicioso a la impunidad.

¹⁸⁵ **GTNU**. Informe E/CN.4/1984/21. Párrafo 172

¹⁸⁶ Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992. El texto proclama que tal práctica constituye un ultraje a la dignidad humana y una violación del derecho a la vida, la libertad, la personalidad jurídica, la seguridad personal, entre otros (artículo 1); asimismo, establece el compromiso de los Estados de tomar medidas para prevenir y erradicar tal fenómeno (artículo 3) y de establecer penas correspondientes a su gravedad (artículo 4), así como la imposibilidad de amparar su actuación en la obediencia debida (artículo 6) y la existencia de situaciones de inestabilidad política (artículo 7). de igual modo, insiste en la implementación de recursos eficaces para determinar el paradero de las víctimas y la autorización para ingresar a los centros de detención.

2.2.2 La Corte Penal Internacional¹⁸⁷

La desaparición forzada de personas, cuya práctica a escala mundial ha sido innegable, también fue objeto de atención durante los debates relativos a la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma aprobado en julio de 1998. Su vigencia se encuentra condicionada a la ratificación de 60 países. Este trascendental instrumento internacional reconoce competencia al mencionado órgano para juzgar a los responsables de desaparición forzada de personas en atención a la gravedad del mismo para la comunidad internacional, y en su calidad de crimen de lesa humanidad, siempre y cuando sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.¹⁸⁸

Este novedoso instrumento señala que por desaparición forzada de personas se entenderá como: la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.¹⁸⁹ La Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional ha establecido algunas pautas de interpretación de la definición por ella adoptada.¹⁹⁰ Así, ha señalado que la

¹⁸⁷ **LA CORTE PENAL INTERNACIONAL** (llamada en ocasiones Tribunal Penal Internacional) es un tribunal de justicia internacional permanente cuya misión es juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad. Tiene personalidad jurídica internacional, y no forma parte de las Naciones Unidas, aunque se relaciona con ella en los términos que señala el Estatuto de Roma, su norma fundacional. Tiene su sede en la ciudad de La Haya, en los Países Bajos.

¹⁸⁸ **Ibíd.** La responsabilidad del autor se determina por la intención y el conocimiento que de los elementos materiales del mencionado crimen tenga en el mismo, en el artículo 30 define lo que se debe entender por “intención” y “conocimiento”.

¹⁸⁹ **Ibíd.** artículo 7.2.i.

¹⁹⁰ **COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**, *Informe* (Proyecto del texto definitivo de los Elementos de los Crímenes. PCNICC/2000/INF/3/Add.2.) Nueva York, 2000. Pág. 17. La Comisión Preparatoria para el establecimiento de una Corte Penal Internacional se estableció en cumplimiento de la resolución F del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, que adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 julio 1998.

responsabilidad delictiva del autor o autores se establece a partir del carácter consciente de su intervención en la detención o en la acción engañosa de este hecho o el paradero de la víctima, en su calidad de agente de una organización estatal o política.

Dejando claro de esta manera que, dada la complejidad del delito, en diferentes momentos del crimen pueden actuar distintas personas. Asimismo, vuelve a reiterar que dicha acción criminal debe haberse perpetrado con el propósito de dejar al sujeto fuera del amparo de la Ley. Por último, la Comisión Preparatoria precisó que el criterio de conciencia abarca el conocimiento, por parte del autor, de la generalidad o sistematicidad de la práctica.

2.2.3 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Como es conocido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene competencia para recibir denuncias individuales de violaciones a derechos humanos, entre ellas la de desaparición forzada de personas, cuya tramitación ha adquirido gran relevancia en razón de su incidencia en esta parte del hemisferio, debido al gran número de desapariciones que se han realizado en países de Latinoamérica.¹⁹¹

Es importante indicar que la Comisión en 1972 registró dos casos de desapariciones en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA, respecto a dos ciudadanos argentinos: Nildo Centeno y Néstor Martins¹⁹².

¹⁹¹ **BLANC ALTEMIR, Antonio.** Op. Cit. Pág. 360. A lo largo de dos décadas, el método se extendió a nuestro país El Salvador así como a Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México. Amnistía Internacional, FEDEFAM y otros organismos de derechos humanos sostienen que, en poco más de veinte años (1966-1986), noventa mil personas fueron víctimas de esta aberrante práctica en diferentes países de América Latina.

¹⁹² En marzo de 1970 en Argentina, la represión del gobierno produjo el primer acto de lo que sería la forma represiva más espantosa del genocidio. Alejandro Baldú, detenido por la

Si bien posteriormente abandonó dichos casos por cuestiones procedimentales y porque no encontró evidencias sobre la participación de autoridades, se constituyó en la primera manifestación efectiva y concreta de tutela contra esta práctica. Otra manifestación de alerta y preocupación vino dada por la visita de la Comisión a Chile en 1974 que volvió a poner énfasis en la grave situación de las personas desaparecidas en un informe sobre la situación de los derechos humanos en aquel país.

El aumento de denuncias de casos de desaparición en Centroamérica y el hemisferio sur trajo consigo una creciente preocupación por el fenómeno que fue puesta en evidencia en los posteriores informes de la Comisión, mediante los cuales de manera insistente, recomendó a los Gobiernos tomar las medidas necesarias para disminuir la práctica en razón de los daños irreparables que ésta produce,¹⁹³ los que llevaron a la Asamblea General a emitir las Resoluciones 443 (IX-0/79), 510 (X-0/80), 543 (XI-0/81) que condenaban la práctica hasta declararla delito de “Lesía Humanidad” por medio de la Resolución AG/RES. 666 (XIII-0/83).

Los aludidos informes y resoluciones, y la impresionante cantidad de casos de desaparición forzada de personas en el ámbito americano, incidieron para que tiempo después se tomara la decisión de aprobar la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, la cual entró en vigor en marzo de 1996.

Policía Federal, pasó a ser desaparecido para siempre, y la decisión sobre la aplicación de la metodología había sido tomada por los altos mandos de las Fuerzas Armadas. A finales del 70, en diciembre, desaparecieron el abogado de presos políticos Néstor Martins y su cliente Nildo Centeno. <http://www.cpdhcorrientes.com.ar/origenes.htm> sitio web visitado el 12 de agosto de 2011.

¹⁹³ **CIDH.** Informe Anual 1982-1983, Pág. 14. ()... 4. Declarar que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen contra la humanidad. Exhortar a los Estados en los que las desapariciones de personas se han producido para aclarar su situación e informar a sus familias de su destino. ()...

La Convención define la desaparición como: 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 pertinentes¹⁹⁴. Este concepto describe los aspectos configuradores del fenómeno: la detención o aprehensión arbitraria de las personas y la negación de tal acto o el paradero de aquella. Se reconoce el carácter permanente del mismo mientras la víctima no sea hallada, así como la calidad de delito común con el fin de imposibilitar el juzgamiento por jurisdicciones especiales, especialmente la militar¹⁹⁵.

Asimismo, como consecuencia de reafirmar en el preámbulo que constituye delito de lesa humanidad se declara la imprescriptibilidad del mismo, de igual modo se regula la jurisdicción en función de criterios de territorialidad, la nacionalidad de la víctima y el agente. Más allá de la existencia de este importante instrumento internacional el cual todavía no ha sido suscrito por El Salvador, cabe destacar que la Comisión durante la tramitación de denuncias individuales, ha llegado a establecer algunos rasgos característicos de esta práctica violatoria. Así, ha dado cuenta de la finalidad última de la desaparición de personas, la cual es evitar la aplicación de dispositivos legales garantizadores de la libertad individual,

¹⁹⁴ **CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS**, Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Art. II. La convención en sus considerandos establece, que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁹⁵ **Ibíd.** Art. IX. Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.

integridad física y la dignidad de la persona¹⁹⁶, deviniendo en una manifestación tanto de la incapacidad del Gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes, como de su actitud de rebeldía frente a los Órganos Nacionales e Internacionales de protección de los derechos humanos, por lo tanto recurrentes a dichos métodos inclusive con grupos no estatales a su cargo.¹⁹⁷

De igual modo, ha puesto en relieve la existencia de una relación sumamente estrecha entre los agentes responsables de la desaparición y aquellos encargados de proveer información sobre la misma, los cuales al tener un papel decisivo en las investigaciones¹⁹⁸ van configurando el marco de impunidad difícil de desentrañar. Incluso la Comisión ha podido establecer que las víctimas se eligen a partir de procesos de selección predeterminados por los servicios de inteligencia. Sin embargo, no ha dejado de precisar que esta sindicación puede surgir de criterios absolutamente inconsistentes, como la situación de indocumentación de la persona que conlleva a suponer la clandestinidad de su vida¹⁹⁹.

En relación con la actividad probatoria, el criterio adoptado por la Comisión indica que la carga de la prueba se traslada al Estado en virtud

¹⁹⁶ **CIDH.** Informe Anual 1976. Pág. 16. Las personas desaparecidas son a menudo torturadas y viven en unos constantes temores por su vida, apartados de la protección de la ley, privados de todos sus derechos y a merced de sus captores. Es una violación constante que con frecuencia persiste durante muchos años después del secuestro inicial.

¹⁹⁷ **CIDH.** Informe Anual 1997. Pág. 24. En Guatemala, tras un manto de legalidad dado por medio de sucesivas elecciones, el ejército recurrió a la incorporación de grupos paramilitares que ()...operaron con impunidad y fuera de la ley, pero absolutamente integrados a la red de seguridad oficial ()...

¹⁹⁸ **CIDH.** Informe N° 57/99, Casos 10.827 Romer Morales Zegarra, Richard Morales Zegarra y Carmen Teresa Rojas García, 10.984 Carlos Vega Pizango (Perú), 13 de abril de 1999. Párrafo 19. El despliegue de gestiones y recursos de los familiares de las víctimas resultaron inútiles, pues los mismos elementos que alegadamente efectuaban las desapariciones y escondían las pruebas, tenían un rol decisivo en los resultados de la investigación. Los recursos de *habeas corpus* no prosperaron en ninguno de los casos. Asimismo, el trámite de las denuncias ante las correspondientes Fiscalías se reducía prácticamente a que las Fiscalías pedían información a los militares, y éstos negaban tener responsabilidad en la detención, con lo cual se archivaban las denuncias, sin que los hechos llegaran a conocimiento de los jueces instructores competentes.

¹⁹⁹ **Ibíd.** Párrafo 38. En ciertos casos, la persona que no portara documento de identidad en el momento en que se le solicitaba dicho documento, durante operativos desplegados en las vías públicas, era considerada como terrorista de manera prácticamente automática.

de dos premisas fundamentales. En primer lugar, debido al acceso privilegiado a la información que el Estado posee sobre la situación de la víctima. En segundo lugar, por el hecho incuestionable de que es el mismo Estado quien tiene el deber de garantizar la seguridad de la persona bajo su control,²⁰⁰ debiendo por lo tanto responder por una presunta vulneración de la misma.

Sin embargo, también ha precisado que más allá de importar la vulneración de estos derechos, trae consigo una verdadera forma de tortura para los familiares y amigos de la víctima directa, por la incertidumbre en que se encuentran aquellos sobre la suerte del ser querido y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material.²⁰¹ Por último, la Comisión no ha dejado de precisar que la solución justa y definitiva de esta problemática lleva implícita la necesidad de esclarecer el paradero y situación de las víctimas.

2.2.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La primera sentencia relativa a un caso de desaparición forzada de personas (caso de Ángel Manfredo Velázquez Rodríguez) fue emitida en 1988, la cual se constituyó como el precedente jurisprudencial por excelencia sobre el tema. Prácticamente, sobre la base de aquella se han establecido criterios jurisprudenciales que permiten una mejor conceptualización de la práctica. En efecto, la Corte establece la sistematicidad de la práctica de la desaparición forzada de personas en los mismos términos que la Comisión, a efecto de hallar una vinculación de esta práctica con el caso concreto, previa actividad probatoria

²⁰⁰ **CIDH.** Informe N° 3/98, Caso N° 11.221, Tarciso Medina Charry (Colombia), 07 de abril de 1998. Párrafo 62. La carga de la prueba corresponde al Estado porque éste, cuando tiene a un ciudadano bajo su arresto y control exclusivo, debe garantizar la seguridad y los derechos de esa persona. Además, es el Estado quien ejerce control exclusivo sobre los elementos de prueba concernientes a la suerte corrida por el detenido.

²⁰¹ **CIDH.** Informe Anual 1977. Pág. 24. Al no ser muerte, la desaparición crea una zona de ambigüedad psicotizante, desestructuradora de la identidad de cada uno de los miembros y del grupo familiar en sí, al no poderse resolver objetivamente las contradicciones de presencia u ausencia y existencia o no de su familiar.

específica.²⁰² Asimismo, evalúa si existió omisión por parte del Gobierno en el otorgamiento de garantías de los derechos humanos afectados por tal práctica.²⁰³

Respecto a la actividad probatoria, para la Corte adquieren gran importancia las pruebas testimoniales y en especial, los otros medios de prueba, como la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, por cuanto: *“Esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas”*.²⁰⁴ Para la Corte, al igual que la Comisión, la carga de la prueba recae sobre el Estado, en razón de las distintas finalidades que cumplen los mecanismos de protección de derechos humanos y los procesos ordinarios: la imposición de penas para los responsables por un delito, en el primero, y en el segundo: *“Amparo a las víctimas, así como la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”*,²⁰⁵

Respecto a los derechos vulnerados, la Corte entiende que constituye: *“Una forma compleja y continua de violación de los derechos*

²⁰² CIDH. Caso Velázquez Rodríguez. Sentencia sobre el fondo del 29 de junio de 1988, Serie C No. 4. Párrafo 126. La Corte no encuentra ninguna razón para considerar inadmisibile el enfoque adoptado por la Comisión. Si se puede demostrar que existió una práctica gubernamental de desapariciones en Honduras llevada a cabo por el Gobierno o al menos tolerada por él, y si la desaparición de Manfredo Velásquez se puede vincular con ella, las denuncias hechas por la Comisión habrían sido probadas ante la Corte, siempre y cuando los elementos de prueba aducidos en ambos puntos cumplan con los criterios de valoración requeridos en casos de este tipo.

²⁰³ *Ibíd.* Párrafo 148. Por lo anterior, la Corte concluye que han sido probadas en el proceso: 1) la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas entre los años 1981 a 1984; 2) la desaparición de Manfredo Velásquez por obra o con la tolerancia de esas autoridades dentro del marco de esa práctica; y 3) la omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica.

²⁰⁴ *Ibíd.* Párrafos 130 y 131. La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.

²⁰⁵ *Ibíd.* Párrafo 134. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.

humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral".²⁰⁶ Sin embargo, al igual que la Comisión, la Corte ha establecido que esta práctica importa una violación del derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención) a partir de los testimonios brindados por los reaparecidos, el derecho a la libertad individual (artículo 7 de la Convención)²⁰⁷, el derecho a la integridad personal²⁰⁸, y el derecho a la vida, en tanto que reiteradamente esta ha derivado en la ejecución extrajudicial de la víctima y el ocultamiento del cadáver²⁰⁹, no admitiéndose el argumento que considera que la falta del cuerpo del delito hace imposible admitir tal violación, en tanto bastaría la ocultación o destrucción del cadáver para determinar la impunidad de los autores.²¹⁰

Paralelamente ha precisado que como consecuencia de la obligación de los Estados Partes de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención surge el deber, por parte de los Estados, de no solo prevenir sino de investigar con absoluta seriedad²¹¹ y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la

²⁰⁶ **Ibíd.** Párrafo 150; y, Caso Godínez Cruz. Op. Cit. Párrafo 163. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos, que debe ser comprendida y encarada de una manera integral. Respecto a los derechos vulnerados, la Comisión de manera reiterada ha señalado que la práctica de la desaparición forzada de personas compromete los siguientes derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos: el derecho a la libertad personal (artículo 7), puesto que el tiempo de incomunicación de la víctima hace que su detención devenga en arbitraria, a la integridad personal (artículo 5), en tanto que la Comisión sostiene que, al no saberse el paradero de la víctima se presume que ésta viene sufriendo tortura; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3); el derecho a las garantías judiciales (artículo 25); y, el derecho a la vida (artículo 4), llegando a precisar de manera categórica que una de las consecuencias de la práctica de desaparición forzada consiste en la ejecución de la víctima.

²⁰⁷ **Ibíd.** Párrafo 155. La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar.

²⁰⁸ **Ibíd.** Párrafo 156. La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, con la agravante de la misma, si esta es dirigida a niños, que por su condición son grupos vulnerables.

²⁰⁹ **Ibíd.** Párrafo 157.

²¹⁰ **CIDH.** Caso Ernesto Castillo Páez. Op. Cit. Párrafo 73.

²¹¹ **CIDH.** Caso Neira Alegría y otros. Sentencia sobre el fondo de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20. Párrafo 69; y, Caso Caballero y Santana. Sentencia sobre el fondo de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 55. Párrafos 58 y 59.

Convención, el restablecimiento, en el marco de lo posible, del derecho conculcado y, la reparación de los daños producidos.²¹² Es importante destacar que el deber de investigar como contraparte del justo derecho de los familiares de conocer la verdad- subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre el paradero de la persona, a pesar de la vigencia de leyes de amnistía, de obediencia y otras similares.²¹³

En la relación con la configuración del Estado de Derecho y las obligaciones emanadas de los instrumentos de Derechos Humanos, la Corte asume que la práctica de desapariciones, además de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el gran abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención.²¹⁴

²¹² **CIDH.** Caso Velásquez Rodríguez. Op. Cit. Párrafos 166 y 167. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, y la reparación de los daños por la violación de los derechos humanos.

²¹³ **Ibíd.** Párrafo 181. El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.

²¹⁴ **Ibíd.** Párrafo 158. El problema planteado exige a la Corte un examen sobre las condiciones en las cuales un determinado acto, que lesione alguno de los derechos reconocidos en la Convención, puede ser atribuido a un Estado Parte y comprometer, en consecuencia, su responsabilidad internacional.

2.2.5 Otras Definiciones Sobre Desaparición Forzada.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA²¹⁵ expresa que la desaparición forzada puede definirse: “Como 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.”

Según FEDEFAM²¹⁶, desaparición forzada es la privación de la libertad de una persona, cualquiera que fuere su forma o motivación, 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 o de la denegación de información o del ocultamiento del destino o del paradero de la persona desaparecida.

²¹⁵ **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS**, *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, www.oas.org, sitio visitado el 1 de Junio de 2010. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (o CIDH) es una de las dos entidades del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Tiene su sede en Washington, DC. El otro organismo del sistema es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión esta integrada por 7 personas de reconocida trayectoria en Derechos Humanos; electos a título personal y no como representantes de ningún gobierno. Es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos además de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia.

²¹⁶ **FEDEFAM**, Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares y de detenidos-desaparecidos, <http://www.desaparecidos.org> sitio visitado en 7 de agosto de 2010. La **Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (FEDEFAM)** es una organización no gubernamental apolítica integrada por asociaciones de distintos países que unen a familiares de víctimas de desaparición forzada de personas en distintos países de América Latina y el Caribe. Fundada en enero de 1981 en la ciudad de San José (Costa Rica) e institucionalizada por el segundo Congreso realizado en la ciudad de Caracas (Venezuela) en Noviembre del mismo año. la FEDEFAM tiene status consultativo en categoría II ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Humberto Luna²¹⁷ sostiene que la desaparición forzada es: “*El apoderamiento de una persona contra su voluntad, mediante la detención, regular o irregular, secuestro, traslado fuera del lugar de detención oficial o alguna otra forma de privación de libertad efectuado por agentes del Estado o por grupos organizados o por particulares que actúan en su nombre o con el apoyo o consentimiento directo o indirecto del Gobierno seguido de la falta de comunicación del arresto o traslado de dicha persona a sus allegados, el ocultamiento de su paradero o la negativa a reconocer su privación de libertad, debido a lo cual la persona queda al margen de la protección legal*”.

Según la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas ²¹⁸ de acuerdo a lo establecido en este instrumento internacional la conducta se realiza cuando se arresta, detenga o traslade contra su voluntad a las personas o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier nivel por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del Gobierno con su apoyo directo, indirecto con su autorización asentimiento y que luego se niegan a revelar su suerte o el paradero de estas personas o a reconocer que están privadas de libertad, sustrayéndolas así de la protección de la ley.

²¹⁷ **LUNA, OSCAR HUMBERTO**, *Curso de Derechos Humanos, Doctrina y Reflexiones*, 1ª edición, San Salvador, El Salvador, Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH), 2009 Pág. 156

²¹⁸ **NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL**, *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, en www.unhchr.ch sitio visitado el 12 de Agosto de 2010. Con anterioridad, en el año 1992 la Asamblea General de Naciones Unidas había aprobado por la resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992 la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* que sin embargo, no establecía obligación jurídica vinculante a los Estados. En la Declaración de 1992 se evocaba en su preámbulo una definición de desaparición forzada: ()...desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas 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 ()...

“La División de Derechos Humanos” de ONUSAL, en El Salvador, definió la desaparición como el secuestro o detención de una persona por un agente del Estado, o por una persona que actúa con su apoyo o tolerancia, cuando no se suministre ninguna información que permita determinar el destino o paradero de la víctima. Para el Comité Internacional de La Cruz Roja Internacional²¹⁹ personas desaparecidas son aquellas cuya suerte se desconoce a raíz de situaciones de conflicto armado o de violencia interna. Hay que tener en cuenta, que las desapariciones forzadas en un Estado pueden darse por un lado dentro de un conflicto armado (interno o externo) y por otro, como método de represión utilizado por agentes del Estado en grave crisis política.

Las desapariciones forzadas, no deben confundirse con expresiones como “personas no habidas”. Estas son desapariciones en donde no intervienen agentes del Gobierno. La expresión “secuestros”, generalmente tienen una motivación criminal y no política, en estos casos, la Policía suele tener contacto con los familiares de la víctima. Lo cual no ocurre en la desaparición forzada.

2.3 Tipos de Desaparecidos.

La desaparición de una persona no necesariamente puede producirla un conflicto armado o una situación de extrema violencia dentro de un país, sino depende del momento coyuntural que atraviese un país, es más, se puede decir que razones fuera de lo Estatal puede producir que una persona desaparezca, por lo que en este apartado mencionaremos algunas de ellas:

²¹⁹ **CRUZ ROJA INTERNACIONAL**, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, <http://www.icrc.org> visitado en 7 de agosto de 2010.

- *Desaparecido Vivo*²²⁰: Se refiere a aquellos casos de personas que simplemente dejan su actual domicilio o residencia e incluso modifican su nombre o identidad y jamás se sabe de ellos, pero con la salvedad de que se presume que vive.

- *Desaparecido Muerto*: Es aquel que dependiendo de la circunstancia de la desaparición se presume que ha muerto, pero no se tiene la certeza, un ejemplo claro de ello sucede en los accidentes aéreos, muchas personas pueden morir, pero sus cuerpos no aparecen.

- *Adulto Desaparecido*: Personas mayores de edad que por cualquier razón o circunstancia desaparece de su ámbito.

- *Niño Desaparecido*²²¹: Su definición es casi similar a la de un adulto desaparecido, pero la diferencia más significativa es que generalmente no goza del mismo poder de decisión que un adulto para dejar el lugar donde reside, sino que está supeditado a las decisiones de una persona mayor de edad, todo depende del caso.

- *Desaparecido Político*: Es aquel que desaparece por razones meramente políticas, esto puede ser que el mismo individuo decida desaparecer o que terceros Produzcan la desaparición por sus antecedentes políticos.

- *Combatiente Desaparecido*²²²: Es la persona que prestando un servicio militar ya sea al Estado o a una institución paramilitar como combatiente desaparece, la característica principal es que el individuo desaparece durante los combates.

²²⁰ **HERNANDEZ, FLORES, Sirley Rosibel y Otros Op. Cit.**, p.13 La diferencia radica que en este término se sabe que la víctima se encuentra con vida, ya que solamente puede darse un cambio de identidad voluntario.

²²¹ **Ibid.** Este concepto hace referencia a la calidad de un menor desaparecido, por no tener la capacidad u oportunidad de decidir por si solo su paradero en las circunstancias que sean, a diferencia de un adulto desaparecido que opta por dejar su lugar de residencia.

²²² <http://es.wikipedia.org/wiki/Desaparecido> Sitio visitado el 15 de julio de 2011. Son aquellos combatientes que dejaron de ser vistos por los miembros de su unidad o se perdió el contacto radiofónico con ellos en el transcurso de una operación militar, generalmente en suelo enemigo o controlado por el enemigo.

- *Civil Desaparecido*²²³: Se puede decir que aquí se enmarcan las personas que se extravían cotidianamente, por cualquier razón, es decir salieron de sus casas y nunca regresaron.
- *Desaparecido por Causas Fortuita*²²⁴: Dentro de esta categoría se encuentran los que desaparecen producto de desastres naturales, como sucedió en el caso de los terremotos del 2001, las personas que vivían en el área de las Colinas.
- *Desaparecido Voluntario*: Es aquella persona que produce su propia desaparición, por razones personales.
- *Desaparecido Forzosamente*: es el apoderamiento de una persona contra su voluntad, mediante la detención, regular o irregular, traslado fuera del lugar de detención oficial o alguna otra forma de privación de libertad efectuado por agentes del Estado. Pueden ser realizados por grupos organizados o por particulares que actúan en su nombre o con el apoyo o consentimiento directo o indirecto del Gobierno²²⁵, seguido de la falta de comunicación del arresto o traslado de dicha persona a sus allegados, el ocultamiento de su paradero o la negativa a reconocer su privación de libertad, debido a lo cual la persona queda al margen de la protección legal.
- *Desaparecido Beneficiado*: es aquel que producto de su desaparición ha obtenido un beneficio que puede ser económico, social y

²²³ http://es.wikipedia.org/wiki/Persona_desaparecida sitio visitado el 10 de mayo de 2011. Suele hacerse la distinción entre persona desaparecida y perdida ya que en la primera se asocia en términos de América Latina a las personas víctimas de desaparición forzada, sin embargo aquí se distingue que la persona se pierde por razones diferentes.

²²⁴ Cuando hablamos de un caso fortuito se considera fortuito el hecho causado por mero accidente, totalmente imprevisto, sin que medie dolo ni culpa del sujeto. Cuando algo se considera fortuito normalmente hay una exclusión de la responsabilidad. Por caso fortuito entendemos la situación no prevista, aleatoria y que no existió voluntad de alguien en su creación.

²²⁵ **POLANCO PÉREZ, Mario Alcides**, Las desapariciones forzadas en Guatemala, su Búsqueda y localización, Tesis de grado para obtener la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2006. Pág. 1 Esta definición es general, es decir, que puede interpretarse tanto para adulto y niño.

cultural (puede ser el caso de algunos niños que fueron adoptados y llevados al extranjero).

- *Desaparecidos No Beneficiados*: es aquel que a raíz de su desaparición perdió todo arraigo familiar y permaneció en un orfanato donde fue víctima de diferentes tipos de maltratos.

- *Adulto Extraviado*: Persona que se encuentra perdida por diferentes razones (salud, fuerza mayor, caso fortuito), y que por lo consiguiente ignora su paradero.

- *Niño Extraviado*: Esta categoría puede darse en dos aspectos, por decisión de un tercero o por voluntad del niño. La primera puede darse cuando un tercero provoca la desaparición y la segunda se puede dar por diferentes circunstancias (maltrato en el hogar, pobreza, abandono, rebeldía).

Los niños y niñas desaparecidos a consecuencia del conflicto armado, fueron testigos consientes o inconscientes de una secuencia de experiencias muy traumatizantes. Antes de sufrir la separación forzosa de sus padres los menores ya habían observado y vivido múltiple actos de violencia y destrucción. Muchos de los y las jóvenes fueron testigos de la muerte violenta y brutal de sus padres y otros parientes²²⁶. La guerra y la ausencia de sus progenitores no les permitieron a los niños y las niñas desaparecidos disfrutar de su niñez, lejos de un ambiente familiar estuvieron sometidos a situaciones de violencia, separación y muerte.

En general, se afirma que los niños y niñas desaparecidos, que tenían la edad suficiente para experimentar conscientemente los horrores de la guerra y la separación de su familia, muestran traumas muy similares aquellos sufridos por sus parientes cercanos. Sin embargo, el

²²⁶ **HERNANDEZ, FLORES, Sirley Rosibel y Otros** Op. Cit., p 15. Hasta la fecha los entonces menores de edad tienen recuerdos muy vagos y dolorosos que prefieren no traer al presente debido al trauma sufrido en la época del conflicto armado.

tiempo que han pasado lejos de su entorno familiar ha añadido otro elemento importante que debe de tomarse en cuenta. Los niños y niñas desaparecidos enfrentan dos mundos diferentes e irreconciliables; han crecido en un contexto de muchas maneras diferentes al de su manera de origen. Y cualquiera que fuera el papel que desempeñaran e sus familias adoptivas, los niños y niñas no fueron quienes habrían sido si no los hubiera separado de sus familias biológicas.

En el caso, de los niños y niñas adoptados por familias extranjeras sufrieron un cambio radical en su identidad. Perdieron su nacionalidad, algún grado de su lengua nativa, sus costumbres, tradiciones y cultura. El nuevo medio con frecuencia careció de referentes que facilitaran el proceso de transición. De repente, los niños y niñas tuvieron que llevarse bien con personas extrañas, en un país extraño, con un idioma y costumbres diferentes. De esto, podemos decir, que si hubo casos en que estas adopciones fueron beneficiosas para aquel niño huérfano y campesino; pero también hay que decir, que no todo fue beneficioso para el niño.

La verdad acerca de la procedencia y el historial personal forman tanta parte de la vida de los niños y niñas como los años de crecimiento en su medio ambiente adoptivo. Integrar estos dos mundos es el desafío más grande de los jóvenes encontrados. A fin de tener éxito, los y las jóvenes necesitan tener apoyo o recibir apoyo de sus familias de origen y adoptivas. La identidad de los niños y niñas desaparecidos es compleja y refleja muchas de las contradicciones de las que fueron víctimas. Para construir una identidad coherente es esencial evaluar las experiencias y realidades de ambos mundos.

Martín Baró²²⁷ (1986) enfatiza que los elementos que distinguen a un individuo a otro son los nombres, quienes son y que hacen. Adicionalmente cada persona se siente parte de una comunidad y una sociedad. Cada persona tiene un “yo propio” que lo hace diferente a los demás y, al mismo tiempo, esta socialmente vinculado a un grupo o grupos las raíces de una persona en un mundo determinado, en combinación con su red de relaciones sociales, constituye su identidad personal. La construcción de la identidad personal es un proceso de toda la vida, pero en la adolescencia cobra especial relevancia. Actualmente la mayoría de niños y niñas desaparecidas están en esta etapa de sus vidas, o justo llegando a la adultez. A pesar de los beneficios económicos y sociales que perciben los adoptados cuando son llevados a países mucho mas desarrollados y así como las familias biológicas una vez que son reencontradas, no podemos negar que las consecuencias negativas son varias y a veces superan a los beneficios, ya que la adaptación de los jóvenes con sus familias es delicada por la clase de vida que estaban acostumbrados a llevar²²⁸.

2.4 Conflicto Armado en El Salvador y la Desaparición Forzada de la Niñez Durante el Conflicto Armado

A principio de los ochenta, el Gobierno salvadoreño se convirtió en uno de los más grandes violadores de los Derechos Humanos en el hemisferio oeste. La ayuda militar desde Estados Unidos y las estrategias de contrainsurgencia jugaron un papel importante en este régimen de terror. Sus consecuencias son ampliamente conocidas: más de un millón

²²⁷ <http://di.uca.edu.sv/deptos/psicolog/show>. Sitio Web visitado el 18de julio de 2011. Escritor, maestro, universitario y pastor, Profesor de la Universidad Centroamericana , Profesor invitado de la Universidad Central de Venezuela, de la Universidad de Zulia (Maracaibo), de la Universidad de Puerto Rico (Recinto de Río Piedras), de la Universidad Javeriana de Bogotá, de la Universidad Complutense de Madrid y de la Universidad de Costa Rica.

²²⁸ Es difícil la aceptación de las familias adoptantes y biológicas, esto debido a que en la mayoría de los casos los menores que son separados de sus familias son llevados a otros países con un idioma y costumbres distintas y de por si una familia y un nombre distinto.

de salvadoreños tuvieron que huir de sus hogares, miles fueron asesinados y el Ejército salvadoreño institucionalizó prácticas de tortura y desaparición forzada.

2.4.1 Orígenes de la Desaparición forzada en El Salvador

El primer antecedente sobre desapariciones forzadas se dio durante el régimen del General Maximiliano Hernández Martínez, quien gobernó el país entre los años de 1931 y 1944, el cual realizó en el año de 1931 la masacre de campesinos e indígenas, y luego ordenó que desaparecieran los cadáveres, siendo de esta forma uno de los primeros casos sobre la desaparición forzada de personas en nuestro país ya que se dio la ocultación física de los cuerpos de las víctimas²²⁹.

Se exterminó literalmente todo movimiento reivindicador de los derechos del pueblo, propiciando las condiciones perfectas para el Gobierno autoritario de Hernández Martínez. Con el debilitamiento de las ideas fascistas, ya a finales de la Segunda Guerra Mundial llega a su final la dictadura de Martínez, no sin la intervención armada de los movimientos sociales.²³⁰ A partir de ese tiempo el fenómeno de la desaparición forzada de personas comienza a ser aplicado y perfeccionado por los cuerpos militares; pero no es sino hasta los años setenta que este fenómeno se vuelve una práctica rutinaria. Amnistía

²²⁹ **POLANCO PEREZ, Mario Alcides**, *Las desapariciones forzadas en Guatemala, su búsqueda y localización*, Tesis de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2006 p.13. El Salvador estuvo sumido en una profunda crisis económica por la caída de los precios del café y la crisis de 1929, se enfrentó a una oleada de protestas y rebeliones contra el sistema desigual de tenencia de tierras, que se agudizaron con las reformas presidenciales que despojaban a los campesinos de sus tierras ejidales para darlas a los grandes terratenientes. Los campesinos e indígenas se levantaron contra el gobierno y atacaron instalaciones militares en el occidente del país, coincidiendo con una rebelión organizada por el Partido Comunista Salvadoreño (PCS) tras perder las elecciones que posteriormente acusaron de fraudulentas

²³⁰ **JOVEL HENRÍQUEZ, Patricia Marilyn**. *La Desaparición Forzada y sus Limitantes en la Década de los 80's en El Salvador*, San Salvador, Universidad de El Salvador, 2001, Pág. 45. En 1944, un grupo de militares se alzó contra el presidente Martínez, los cuales fueron sofocados mediante la fuerza en un par de días. Un mes después se suscitó una huelga general de la sociedad civil, la cual obligó al general a deponer el cargo de la primera magistratura. Hernández Martínez fue asesinado 22 años después en Honduras, a manos de su motorista.

Internacional (AI) afirma que miles de personas desaparecieron en El Salvador durante el conflicto armado que sacudió el país entre 1980 y 1991.

En un informe dado a conocer a escala mundial, el Ombudsman internacional señala que el documento elaborado por la comisión de la verdad, *De la Locura a la Esperanza*, viene a formar parte de sus continuos esfuerzos para poner fin a la impunidad, luego de las pasadas violaciones de Derechos Humanos en este país²³¹. Entre 1980 y 1991, El Salvador enfrentó uno de los periodos más oscuros de su historia, cuando el conflicto armado dejó un saldo aproximado de 75 mil víctimas de violaciones de Derechos Humanos, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, los homicidios ilegítimos, las desapariciones y la tortura.²³²

Uno de los periodos más críticos del conflicto armado fue entre 1980 y 1984, cuando las fuerzas armadas llevaron a cabo operaciones armadas contra la población civil para evitar que aumentase el número de insurgentes se organizaron operativos en el interior del país. Es bien sabido que estas detenciones no eran efectuadas en la manera y condiciones reguladas por los convenios internacionales, ni por la legislación interna²³³, recluyéndolos en cárceles clandestinas²³⁴, como lo

²³¹ **HERNANDEZ FLORES Sirley Rosibel**, y otros, op. cit. p.10. El informe de la Comisión denominado "De la Locura a la Esperanza: la guerra de los Doce Años en El Salvador" se dio a conocer el 15 de marzo de 1993, 26 meses después de la firma de los Acuerdos de Chapultepec. La Comisión recibió testimonio directo de 2,000 personas con relación a 7,000 víctimas, e información de fuentes secundarias relacionadas con más de 8,000 víctimas. Además de 23,000 denuncias presentadas a través de otras instituciones o remitidas por carta. De todo este cúmulo de denuncias se elaboró una lista de 13,569 casos de los que la Comisión seleccionó 32 considerados ejemplarizantes de los patrones de violencia de las partes contendientes, la Fuerza Armada de El Salvador, los Escuadrones de la Muerte y la guerrilla del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional.

²³² **POLANCO PEREZ, Mario Alcides**, op. cit. p. 14. El FMLN fue creado el 10 de octubre de 1980 como un organismo de coordinación de las cinco organizaciones político-militares que participaron en la guerra civil entre 1980 y 1992, las cuáles se constituyeron en partido político legal a partir de la firma de los Acuerdos de Paz en 1992.

²³³ **CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**, Carta de la ONU, Carta de la OEA. Y principalmente la Constitución de la República de El Salvador, 1983. La Declaración Universal de los Derechos Humanos se compone de un preámbulo y treinta artículos, que recogen derechos de carácter civil, político, social, económico y cultural.

²³⁴ **MARTÍNEZ, Ana Guadalupe**. *Las Cárceles Clandestinas*, Universidad Centroamericana Editores, San Salvador, El Salvador (1992) Pág. 17, 18, 48, 157-164. Ana Guadalupe Martínez es

relata Ana Guadalupe Martínez (Comandante del Ejército Revolucionario del Pueblo ERP), quien sufrió personalmente el flagelo de éste delito; durante su cautiverio conoció al Dr. Madriz²³⁵, cuyo caso es muy conocido, acusado de ser espía cubano, hasta la fecha se desconoce su paradero.

Como estos son muchos los casos en que se dieron detenciones arbitrarias, para ser torturados. El caso del Dr. Madriz fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según denuncia consta que, su casa de habitación fue asaltada con el objeto de secuestrarlo, siendo herido al tratar de defenderse, después de lo cual el grupo de hombres armados que irrumpió en su casa lo subió a un vehículo llevándose lo secuestrado. La Comisión solicitó informe al Gobierno de El Salvador, quien respondió de la manera siguiente: “atentamente comunico a ustedes que el presunto plagiado no se encuentra detenido por ningún cuerpo de seguridad del país...”²³⁶

El terror y la instauración de la violencia de manera sistemática, son características propias de este lapso de tiempo en la historia. La desarticulación de cualquier movimiento opositor o contraria por medio de arrestos arbitrarios, asesinatos y desapariciones selectivas de dirigentes políticos se convirtieron en una práctica común, dirigiéndose en la ciudad especialmente hacia organizaciones políticas, gremios y sectores organizados de la sociedad salvadoreña, tal es el caso del asesinato de

autora del libro “Las cárceles clandestinas de El Salvador”, que es un aporte al desarrollo ideológico para la formación de cuadros, partiendo de experiencias concretas y que debe ser discutida y analizada, según la autora. El 5 de julio de 1976, Ana Guadalupe se encontraba en las afueras de la ciudad de San Miguel, sobre la carretera que conduce a San Salvador. Caminaba rumbo a San Miguel, cuando de repente, hombres vestidos de civil se bajaron de un automóvil, la trataron de inmovilizar, pero ella se resistió; después de la lucha, la sometieron, tal como relata ahora la ex guerrillera; después los captores la llevaron a las instalaciones de la ahora desaparecida Guardia Nacional.

²³⁵ **Ibid.** Ana Guadalupe Martínez estuvo encarcelada siete meses hasta que fue liberada, en ese periodo de encarcelamiento conoció al doctor Madriz, del cual como se menciona no se conoce aun su paradero. Eso y más está relatado en el libro, un verdadero documento de nuestra historia.

²³⁶ **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en El Salvador*, Capítulo IV. <http://www.cidh.oas.org> sitio visitado en 09 de mayo de 2011. “Recientemente han ocurrido asalto a las delegaciones de los cuerpos de vigilancia y a los agentes, por lo cual los maleantes se han apoderado de Equipo Militar que luego usan en actividades delictivas para así engañar a la ciudadanía, y crear un clima de temor y zozobra”

Monseñor Romero el 24 de marzo de 1980, mientras oficiaba misa en la capilla del hospital La Divina Providencia, durante los funerales, estalla una bomba frente a catedral de San Salvador.²³⁷

A finales de 1980 se forma el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), en 1981 se da la primera ofensiva militar a gran escala dejando un saldo de centenares de muertos. Se registraron varias masacres en este periodo, incluyendo la del Río Sumpul (1980) y El Mozote (1981)²³⁸. Una nueva forma de terrorismo organizado denominados escuadrones de la muerte se convierte en la forma más aberrante de violencia, grupos de civiles y militares realizaban asesinatos con total impunidad y de manera organizada bajo el amparo de diferentes instituciones del Estado.²³⁹

En el año 1980 el Gobierno del General Carlos Humberto Romero es derrocado por la Junta Revolucionaria de Gobierno integrada por el Coronel Jaime Abdul Gutiérrez y Adolfo Majano los cuales poseían como principales objetivos el cese a la violencia y de la corrupción, y garantías para la vigencia de los derechos humanos y una justa distribución de las tierras. A medida pasaba el tiempo la pugna entre civiles y sectores militares crecía, organizaciones civiles planeaban demostraciones publicas tomándose ministerios y realizando huelgas para

²³⁷ **US EMBASSY, SAN SALVADOR**, cable 02296, 31 de marzo de 1980. The Washington Post, 31 de marzo de 1980, The National Security Archives. El Salvador: The Making of US. Policy: 1977-1984. p. 34. La multitud estimada en unas 50,000 personas, presa del pánico es ametrallada, teniendo como resultado un saldo de 27 a 40 muertos y mas de 200 heridos.

²³⁸ **COMISION DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR, NACIONES UNIDAS** op. cit. p.18. Hay suficientes pruebas de que las fuerzas gubernamentales cometieron durante su avance actos de violencia contra la población, y esto ocasionó la huida de numerosas personas, muchas de las cuales se concentraron en dicho caserío, integrado por una decena de casas. Las tropas atacaron al caserío con artillería y fuego de dos helicópteros. Los pobladores y los desplazados por el operativo intentaron cruzar el Río Sumpul para refugiarse en Honduras. Las tropas hondureñas desplegadas en la orilla opuesta del Río les impidieron el paso. Estos fueron entonces muertos por las tropas salvadoreñas, que hicieron fuego deliberadamente sobre ellos; por su parte la masacre del Mozote cometidos por el Batallón Atlacatl de la Fuerza Armada de El Salvador, durante un operativo de contrainsurgencia, realizado los días 10, 11 y 12 de diciembre de 1981, en los cantones de El Mozote, La Joya y Los Toriles, en el norte del departamento de Morazán, en El Salvador.

²³⁹ **COMISION NO GUBERNAMENTAL DE DERECHOS HUMANOS DE EL SALVADOR**, *Informe del 11 de noviembre de 1981*, el cual detalla que en el lugar conocido como "El Playón" se había arrojado, a lo largo de los últimos meses, los cadáveres de mas de 400 personas.

exigir la liberación de presos políticos y tomar medidas económicas y reformas en la tenencia de la tierra se planearon más huelgas pacíficas.²⁴⁰

La violencia antigubernamental empieza a surgir mediante acciones, como tomas de estaciones radiales, bombas a periódicos nacionales, secuestros, ejecuciones, ataques a blancos militares; en ese mismo año después de un paro nacional, el Ejército y la Guardia Nacional atacan la Universidad de El Salvador matando entre 20 a 40 estudiantes destruyendo las instalaciones de la misma dejando además como resultado la muerte del entonces rector el Ingeniero Félix Antonio Ulloa. Para el año de 1981 aumentan las ejecuciones individuales y masivas extrajudiciales en zonas rurales.

Se lanza la llamada ofensiva final por parte del FMLN anunciada desde finales de 1980, realizan ataques contra objetivos militares alrededor de todo el país dejando un centenar de muertos. Debido a los múltiples ataques, centenares de personas optaron por abandonar el país y cruzar fronteras hacia países vecinos, siendo el caso del 17 de marzo cuando intentando pasar el Río Lempa hacia Honduras miles de campesinos fueron atacados por cielo y tierra reportándose una cantidad de 20 a 30 muertos y 189 desaparecidos²⁴¹ apareciendo así la figura del desplazado es decir, aquellas personas que salen del país buscando refugio.

En el año de 1984 el Ingeniero Napoleón Duarte se convierte en el primer civil en 50 años nombrado como Presidente, fue el quien invito al Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, a formar parte de un

²⁴⁰ **Op. Cit.** THE NATIONAL SECURITY ARCHIVE, *The Making of U.S. Policy, 1977-1984*, p. 35 Huelgas que fueron reprimidas por la Guardia Nacional dejando centenares de heridos y una cantidad desconocida de muertos.

²⁴¹ **Ibid.** p.23. Entendiendo como desaparecido como anteriormente se expuso, al apoderamiento de una persona contra su voluntad, mediante la detención, regular o irregular, traslado fuera del lugar de detención oficial o alguna otra forma de privación de libertad efectuado por agentes del Estado.

dialogo para el cese de la violencia, siendo en muchos casos intentos fallidos por diferencias de ideas en cuanto a que el FMLN formara parte de la vida política del país, pasan los años y los intentos por sentarse en una mesa de dialogo se tornaba más difícil con el transcurrir de los años y seguían ocurriendo muertes de civiles²⁴².

Para el año de 1989 se lanza oficialmente la ofensiva final por el FMLN, desencadenando la mayor ofensiva registrada desde que inició el conflicto, lo que llevo a decretar estado de emergencia²⁴³. La guerrilla se escudaba en lugares fuertemente poblados, siendo más atacada las zonas rurales ya que se convertían en blancos aéreos seguros. Se llevan a cabo muchas violaciones como la detención, secuestros, torturas, asesinatos y la desaparición de cientos de personas no combatientes como consecuencia de la situación que atravesaba el país, es en este momento de la historia cuando se da el asesinato de los padres jesuitas y dos mujeres.

Tiempo después se llevan a cabo nuevas elecciones presidenciales quedando electo el Licenciado Alfredo Cristiani, por mayoría, el conflicto estaba en vías de solucionarse pero ante lo sucedido, el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional llamo al boicot y realiza paro de transporte mientras se daban los comicios, además de seguir con las amenazas a dirigentes políticos y municipales por lo que la tercera parte de dirigentes municipales se retiran de sus cargos. Las reuniones para el dialogo se llevaban a cabo en otros países como Costa Rica, Venezuela y México, por mencionar algunos, debido a que en el país se suscitaron atentados, lo que llevo a suspender el dialogo entre el FMLN y el Gobierno.

²⁴² **Ibid.** p.29 Ya que se oponían a ser comparados con los rebeldes nicaragüenses.

²⁴³ **LA PRENSA GRAFICA**, *El Conflicto Armado en El Salvador*, 2 edición, 1989, p. 111. Lo que lleva a retomar con mayor ahínco el dialogo para las negociaciones del cese a la violencia y una posterior firma de acuerdos de paz.

Las negociaciones se retoman hasta el año de 1990 realizándose reuniones para poner fin al conflicto armado y los graves hechos de violencia, estas reuniones se llevaron como se dijo antes en otros países como en Caracas Venezuela donde se firmó un temario de la negociación para ponerle fin al conflicto, sin embargo, este fue un intento fallido, las negociaciones se estancan a lo que el FMLN responde con nuevas acciones militares como una forma de presionar para que se retomen las mesas de dialogo²⁴⁴. Para el año de 1991 el proceso de dialogo se retoma entre el Gobierno y el FMLN, mientras la violencia se incrementaba en todo el país ante la falta de solución del conflicto.

En este periodo se dan negociaciones en las que se acuerdan reformas a la Constitución, sobre aspectos de la Fuerza Armada, sistema electoral, el poder Judicial, así como la creación de La Comisión de la Verdad.²⁴⁵ El conflicto armado finalizó oficialmente en enero de 1992, con la firma de los acuerdos de paz realizada, el Palacio de Chapultepec, México, los cuales contenían una serie de medidas y obligaciones de ambas partes, dando por concluido el enfrentamiento armado que se vivió desde 1980. El Acuerdo de San José, firmado en 1990, se centró en el respeto a los Derechos Humanos, investigaciones de las violaciones a éstos y la identificación y castigo de los responsables²⁴⁶.

2.5 Causas que Produjeran las Desapariciones de los Niños y Niñas Durante el Conflicto Armado Salvadoreño.

²⁴⁴ El 19 de noviembre el Secretario General de la ONU Javier Pérez de Cuellar apela al FMLN a no poner en riesgo el proceso de negociaciones en México, y otros países y se hace un llamamiento por parte de la ONU para que suspendan nuevas acciones finalmente el 17 de diciembre la cumbre de presidentes de la región reunidos en Costa Rica exigen al FMLN el cese al fuego.

²⁴⁵ **COMISION DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR, NACIONES UNIDAS** op. cit. p.39. En este marco se crea con total respaldo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de la Asamblea Legislativa la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador, y comienza a funcionar la División de Derechos Humanos.

²⁴⁶ **ACUERDO DE PAZ DE EL SALVADOR, CHAPULTEPEC, MEXICO**, 16 de enero de 1992, Numeral 5, Superación de la impunidad: "se reconoce la necesidad de esclarecer y superar todo señalamiento de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde este comprometido el respeto a los derechos humanos. A tal fin las partes remiten la consideración y resolución de este punto a la Comisión para la Verdad"

Durante los primeros años del conflicto (1982-1984) el Ejército realizó diversos operativos bajo lineamientos estadounidenses, estos operativos eran dirigidos contra la población civil del área rural, en atención, a que la guerrilla ejercía una fuerte presencia en estas áreas. Uno de los más conocidos fue el denominado “quitarle al pez el agua”²⁴⁷; cuya finalidad era destruir el apoyo de la guerrilla.

Para lograr dichos fines se valieron de dos métodos: “el desplazamiento forzado” y la “eliminación”, en muchos de los casos se usaron los dos métodos al mismo tiempo, porque la amenaza de asesinato obligaba a los sobrevivientes a desplazarse en busca de refugio; lógicamente los operativos más grandes ocurrieron en las “zonas de conflicto”, en donde la presencia de guerrilleros era muy común. Este tipo de operativos tuvo lugar en los departamentos de Chalatenango, Cabañas, Cuscatlán, San Vicente, Usulután, San Miguel, Morazán y en las áreas del norte de San Salvador en las cuales se realizaban ejecuciones masivas²⁴⁸.

Una de las consecuencias producidas en estos operativos fue la “desaparición forzada” de personas, que según la Organización de Estados Americanos es la privación de libertad de una persona o más, por cualquier medio, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, apoyo y permiso del Estado, seguido de la falta de información o la negativa a reconocer tal privación de libertad o de informar acerca de la ubicación de la persona, lo que crea un obstáculo para el ejercicio de los recursos legales y las garantías de las demandas pertinentes.²⁴⁹

²⁴⁷ **ASOCIACIÓN PRO-BÚSQUEDA**, *La Paz en Construcción, Estudio sobre la problemática de la niñez desaparecida durante el conflicto armado en El Salvador*, 2003. pp.15- 30. Se llevan a cabo bombardeos aéreos indiscriminados, ataques masivos de artillería, incursiones de infantería, todo lo cuál se expresa en masacres y destrucción de comunidades.

²⁴⁸ **COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR, NACIONES UNIDAS** op. cit. P. 118. incluyeron agricultores, hombres, mujeres, niños y niñas por considerarlos cooperadores de la guerrilla.

²⁴⁹ **CONVENCIÓN SOBRE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS**, Artículo II, OEA, 1991, todavía no ratificado por El Salvador.

2.5.1 Desapariciones Forzadas Realizadas por la Fuerza Armada Salvadoreña.

Como se mencionó anteriormente la Fuerza Armada realizó operativos de gran envergadura, los cuales produjeron la dispersión de las familias y la desaparición de algunos de sus miembros. En muchos de estos operativos se asesinaron a niños y niñas, como lo fue el caso de la masacre de “El Mozote” en el que miembros del Batallón Atlacatl, encerraron a cientos de menores dentro del convento de la iglesia del Cantón El Mozote disparándoles con ametralladoras hasta que todos murieron.²⁵⁰

En otros casos como se estableció por la Comisión de la Verdad, el ejército optaba por llevarse a los niños y niñas sobrevivientes de las masacres y batallas, esto nos indica que no todos los niños y niñas eran asesinados, sino también raptados de las zonas conflictivas, los niños y niñas que desaparecieron a consecuencia del conflicto, en su mayoría eran muy pequeños, lo que los incapacitaba para poder huir o protegerse del peligro siendo este una agravante en la desaparición forzada; por lo que una vez que caían en las manos de la Fuerza Armada, era menos probable que los consideraran como enemigos y por lo tanto, tenían menos posibilidades de ser asesinados.

“En aquellos tiempos era muy frecuente oír que habían traído niños y niñas cuando regresaban de un operativo y que los tenían en sus cuarteles. Algunas veces los soldados regresaban caminando a Chalatenango y les gustaba exhibirse. Me acuerdo que una vez que iba caminando hacía arriba para el instituto y fijamos la mirada en la línea de soldados marchando dentro del pueblo, todos sucios y llenos de lodo. Cargaban niños y niñas con ellos. Eran niños y niñas que no podían

²⁵⁰ ASOCIACIÓN PRO-BUSQUEDA, op. cit. p. 21. Después de una noche encerrados en sus casas, fueron ejecutados de una manera deliberada y sistemáticamente, fueron torturados antes de ser ejecutados.

*caminar solos. Los habían amarrados a sus pechos o los habían colocado dentro de sus mochilas. Solo podías ver sus cabecitas asomándose con una expresión de miedo en sus caras*²⁵¹

Se tiene conocimiento por parte de ex miembros de la Fuerza Armada, que lo que pasaba con niños y niñas que se encontraban dependían de las circunstancias, de la escuadra y del comandante en jefe. Estas personas han afirmado que las escuadras en las que los soldados eran drogados por sus superiores había una mayor probabilidad de eliminación total incluyendo niños y niñas. Asimismo se sabe que desde 1982, los soldados habían recibido órdenes de llevarse cualquier niño y niña que encontraran en los ataques a posiciones enemigas.

No cabe duda, que el Ejército Salvadoreño jugó un papel muy importante dentro de lo que fueron las desapariciones forzosas de niños y niñas en el contexto de la guerra civil, las causas que los llevaron a cometer dichas desapariciones pudieron ser muchas, pero es indiscutible el hecho que la mayor parte de las desapariciones forzosas de niños y niñas ocurrieron con mayor frecuencia durante los operativos militares de los primeros años de la década de los ochenta²⁵².

Prueba de ello, son los casos elevados a nivel nacional e internacional en los cuales se ha logrado identificar operativos militares en los que los soldados se llevaron consigo niños y niñas. El operativo militar en donde la mayoría de niños y niñas desapareció se llevo a cabo en la zona noroeste de Chalatenango, específicamente en los municipios de San Antonio de la Cruz, Nueva Trinidad y Arcatao, entre el 31 de mayo y el 2 de junio de 1982, este operativo militar ha sido conocido como la “guinda de

²⁵¹ **Ibid.** Testimonio de Raúl Casco, San Salvador, 1995. Pág.18. Una practica que se había vuelto común para esta época, llevaban a los niños para entregarlos a la Cruz Roja o bien a personas que pagaban por adoptarlos con identidades falsas, según lo que se conoce hasta la fecha.

²⁵² **ASOCIACIÓN PRO-BUSQUEDA**, op. cit. p 84. La Comisión de la Verdad recibió en forma directa denuncias sobre 2,597 víctimas de graves hechos de violencia ocurridos durante 1980, abarcan a las dos partes en conflicto, el mayor número de denuncias presentado estuvieron referidas a violaciones cometidas por representantes de la Fuerza Armada o de organismos paramilitares.

mayo”, en el que se tiene conocimiento que fue un total de 39 niños los que desaparecieron. Pero también, existen otros casos en los cuales la captura y desaparición de niños y niñas fue un incidente aislado durante el operativo militar²⁵³.

Hay que reconocer que los niños y niñas tuvieron que pagar un precio tan alto dentro del contexto de la guerra civil salvadoreña, como lo fue en muchas ocasiones ver morir a sus padres a manos del Ejército, el cual se supone esta para proteger a la población civil, o en otras casos ser separados de su familia, sin saber porque; lo cierto es que parte de estos niños y niñas que desaparecieron forzosamente y que ahora son jóvenes aún no han logrado superar el gran impacto que tuvieron que vivir, durante una guerra de la cual sin querer fueron partícipes, sin embargo parte de las desapariciones de niños y niñas, fueron consecuencia de una estrategia contrainsurgente, ya que para el Ejército Salvadoreño, estos niños eran guerrilleros en potencia, por lo que estaban en la obligación de eliminarlos o llevárselos forzosamente para que le sirvieran al Gobierno.

Otra parte, de las desapariciones fue consecuencia inesperada de las masacres y desplazamiento de los civiles; y en algunos casos, sencillamente las desapariciones parecen haber sido motivadas por las ganancias económicas que se obtenían por la apropiación del niño o niña²⁵⁴. De lo anteriormente expuesto y lo destacado por la Comisión de la Verdad, se afirma que el Ejército salvadoreño fue el principal responsable de las desapariciones de niños y niñas, así como de su situación de peligro. Se ha comprobado que ellos realizaron los operativos militares en

²⁵³ **CIDH. CASO DE LAS HERMANAS SERRANO CRUZ VS. EL SALVADOR.** *Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131. Introducción Numeral 2. Las hermanas Serrano Cruz fueron víctimas de la desaparición forzada a consecuencia del desplazamiento de su familia para protegerse del operativo militar de ese entonces, conocido como “guinda de mayo”, en el que se separaron de sus padres.

²⁵⁴ **ASOCIACIÓN PRO-BUSQUEDA,** op. cit. p 21 La desaparición forzada de niños y niñas sucedió con frecuencia durante los operativos militares de los primeros años de la década de los ochenta. En todas las masacres de campesinos ocurridas entre 1980 y 1982 y que aparecen en el Informe de la Comisión de la Verdad (Río Sumpul, El Calabozo, El Mozote), PRO-BUSQUEDA ha documentado casos de desaparición forzada de niños y niñas. Parte de las desapariciones fue consecuencia de una estrategia deliberada de contrainsurgencia.

los cuales las familias de estos niños y niñas fueron eliminadas o se vieron obligados a huir.

Produciendo el estado de abandono que llevó en algunos casos a las autoridades a hacerse cargo de ellos. Se sabe que una cantidad de niños (aun desconocida) fueron llevados a orfanatos dirigidos por el Gobierno, para ser entregados posteriormente en adopción, mediante trámites fraudulentos y otros fueron asesinados, es decir que la suerte de estos niños y niñas dependía del oficial a cargo, por no existir políticas a seguir durante estas situaciones²⁵⁵.

La guerrilla operaba en la ciudad de manera clandestina. Los miembros de la guerrilla alquilaban casas que usaban para esconder armas y personas, para tener imprentas y provisiones y también para llevar a cabo sus reuniones clandestinas. En estas “casas de seguridad”, los miembros de la célula guerrillera trataban de dar la imagen de una familia normal. Por ello, era normal que en cada casa habitaran niños y niñas, ya fueran hijos de alguno(s) de los miembros de la célula guerrillera o de otras personas que, por sus responsabilidades con el movimiento guerrillero, se les hacía difícil o imposible residir con ellos. Los niños y niñas, de cierta manera, eran “útiles” para el movimiento guerrillero, porque podían usarlos como parte del encubrimiento de un operativo clandestino²⁵⁶.

²⁵⁵ **JUZGADO SEGUNDO DE MENORES**, San Salvador, El Salvador, Expediente 66-A-12-80. Un ejemplo es el caso de Carlos Moisés González Molina, quien fue recogido por miembros de la Compañía de Detectives de la Policía Nacional de San Salvador, el 18 de septiembre de 1980, y llevado al Hogar del Niño “Adalberto Guirola”, un orfanato cerca de la capital. El niño de tres años de edad “*salió corriendo a la calle, llorando, cuando encontró a su madre muerta en la casa, después de un enfrentamiento armado con los miembros de la guerrilla en el Reparto Los Héroes de esta ciudad; miembros de la policía lo llevaron allí (al orfanato)*”²². Carlos Moisés fue bautizado con el nombre de Jorge Armando en el Hogar del Niño “Adalberto Guirola”.

²⁵⁶ **ASOCIACIÓN PRO-BUSQUEDA**, op. cit. p 24. Por las circunstancias de la guerra, muchas familias tuvieron como prioridad garantizar la seguridad de sus hijos e hijas en dichas casas en las cuales operaba la guerrilla. Sin embargo, el margen de seguridad que podían ofrecerles era muy relativo. Paradójicamente, las familias con frecuencia perdían contacto con sus hijos e hijas mientras trataban de encontrarles lugares más seguros para residir.

Es de aclarar que los grupos beligerantes no son autores de desaparición forzada ya que según los artículos 364 y 365 de nuestro Código Penal, así como distintos Instrumentos Normativos Internacionales establecen que esta debe ser efectuada por agentes del Estado, o personas que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado. Por tanto, según lo anterior, el sujeto activo de este delito nunca podría ser un miembro de una organización sublevada contra el Estado, esto es, grupos guerrilleros que buscan derrocar al Gobierno.

2.6 Violación a la Seguridad Jurídica de la Niñez Mediante la Práctica de la Desaparición Forzada.

Los menores pueden ser víctimas materiales directas o pueden ser parientes de víctimas materiales de una desaparición forzada, en cualquiera de los dos casos, los menores son particularmente vulnerables a esta grave violación a su seguridad jurídica y el impacto de esta experiencia traumática puede afectar su esfera jurídica y la concurrencia sistemática de violaciones a sus derechos fundamentales.

2.6.1 Definición Jurídica de “Menor”.

Al referirnos a menores hacemos alusión a niñas y niños, para tener una definición mas exacta sobre menores entenderemos el concepto que de acuerdo con el derecho internacional²⁵⁷, se considera como “menor”, a todo ser humano de menos de 18 años, salvo que la ley aplicable establezca la mayoría de edad a una edad más baja, en ciertos países, se alcanza la mayoría de edad a los 16 años como por ejemplo

²⁵⁷ **CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**, decreto legislativo, Fecha de publicación: 09/05/1990, N° de Diario Oficial: 108, Tomo: 307. Fecha de Ratificación: 27/04/1990. Las Naciones Unidas aprobaron en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, implícitamente, incluía los derechos del niño, sin embargo, posteriormente se llegó al convencimiento que las particulares necesidades de los niños y niñas debían estar especialmente enunciadas y protegidas.

Escocia, Rusia, Turkmenistan entre otros.²⁵⁸ Conforme al derecho internacional, todas las medidas tomadas en relación con un menor, ya sea por instituciones de bienestar social públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas o cuerpos legislativos, deben redundar en su beneficio.

En tal sentido, el Estado debe asegurarse en todos los casos de que el menor que sea capaz de formarse su propia opinión, tenga derecho a expresarla libremente en relación con los asuntos que le atañen. Las opiniones de un menor se tendrán en cuenta a la luz de su edad y el grado de madurez alcanzado. Debe darse a los menores la oportunidad de ser oídos en cualquier procedimiento judicial y administrativo que les competa, ya sea de forma directa o a través de un representante o un organismo adecuado, pero en la desaparición forzada se extrae al menor de la esfera sus derechos fundamentales tutelados, para someterlo de forma arbitraria a una inseguridad jurídica.

2.6.2 El Impacto de las Desapariciones en los Menores.

Un menor puede ser víctima material de un acto de desaparición forzada en los siguientes casos: a) Si es separado injustamente de su familia; b) Si su padre, madre o tutor legal es víctima de una desaparición forzada; c) Si nace durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada²⁵⁹.

²⁵⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Mayor%C3%ADa_de_edad, sitio Web visitado el 8 de enero de 2011. En el ordenamiento jurídico, la mayoría de edad es una condición para determinar la plena capacidad de obrar de la persona que consta en alcanzar una edad cronológica establecida. La figura está motivada en la necesidad de que la persona haya adquirido una madurez intelectual y física suficiente como para tener una voluntad válida para obrar algunos actos que antes no podía por sus carencias nombradas anteriormente.

²⁵⁹ **DECLARACION SOBRE LA PROTECCION DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LA DESAPARICION FORZADA** en <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.ns> sitio visitado el 10 de junio de 2011. Art. 20 “.... 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...”

2.6.3 Violación de los Derechos Humanos por la Desaparición Forzada de un Menor.

Cuando se produce la desaparición forzada de un menor, se violan los mismos derechos que cuando tiene lugar la desaparición de un adulto, entre ellos: a) el derecho a la libertad personal, b) el derecho a no sufrir torturas ni tratamiento inhumano, degradante y el derecho a la privacidad y a la vida familiar, c) el derecho a la dignidad y al honor, d) el derecho a tener un nombre, e) el derecho a ser reconocido como persona ante la ley, f) el derecho a no ser sometido al tráfico de seres humanos y, en general, al derecho a conocer la verdad.

En ciertos casos se viola además el derecho a la vida del menor y los parientes de los menores desaparecidos también se convierten en víctimas de tratamiento inhumano y degradante. Cuando la víctima es menor de edad, es posible que se estén violando también otros derechos, como aquellos expresamente reconocidos por ciertos tratados de derechos humanos que establecen un nivel de protección más alto por su condición especial de menor.

Los menores desaparecidos tienen, el derecho a recuperar el recuerdo de sus padres naturales, así como el derecho a saber que sus padres nunca lo abandonaron, y el derecho a estar en contacto con su familia natural para que puedan criarlo y dar continuidad a sus recuerdos.

2.6.4 Obligaciones del Estado y Derechos del Menor²⁶⁰

El Estado debe prevenir y erradicar la desaparición de menores y la práctica de secuestro de menores nacidos durante el cautiverio de sus

²⁶⁰ Las obligaciones del Estado planteadas en este apartado se encuentran en los diferentes instrumentos internacionales como lo son la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, que mas adelante se detallaran.

madres, así como tomar parte activa en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores desaparecidos a sus familias de origen, también prevenir y castigar la adulteración, ocultamiento o destrucción de documentos que prueban la identidad de los menores desaparecidos.

Cuando la desaparición involucra a varios países, todos los países implicados deben colaborar mutuamente en la búsqueda, identificación, localización y restitución de los menores desaparecidos. Los países que cuentan con un sistema de adopción u otra forma de cuidado tutelar deben asegurarse de que exista la posibilidad de reconsiderar la adopción de un menor desaparecido y anular adopciones que tienen como origen una desaparición forzada (siempre teniendo en cuenta lo más conveniente para el menor). Hay una serie de medidas específicas que los Estados pueden tomar para ayudar a prevenir la desaparición de menores y su adopción ilegal. En particular:

- La creación de “bancos genéticos” en los que se almacenen todos los datos disponibles sobre menores desaparecidos y sus padres
- La implementación de penas estrictas para los delitos de ocultamiento y adulteración del estado civil y el secuestro de menores. Si el delito fue cometido bajo la protección, o aprovechando, la desaparición forzada de los padres verdaderos, debe considerarse como una circunstancia agravante.
- La implementación de leyes de adopción que posibiliten la anulación de una adopción que tiene su origen en una desaparición forzada.
- La facilitación de la introducción de evidencia científica en los procesos para esclarecer los casos de desaparición de menores y acelerar las acciones necesarias para establecer un vínculo familiar.

- Debería permitirse a los magistrados la presentación de recursos de desagravio por mandato judicial para evitar la fuga de personas, el ocultamiento de menores o la destrucción de evidencia.

2.7 Victimización de las Familias de la Niñez Desaparecida

La familia de la niñez objeto de desaparición forzada es, sin duda alguna, afectada por dicho delito de lesa humanidad y la convierte así mismo en víctima de esta práctica, violentando la seguridad jurídica tanto de la víctima como la de sus familiares. Su posición es coherente con los “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones”²⁶¹. Señalan en su punto 8 “ [...] Se podrá considerar también ‘víctimas’ a los miembros de la familia directa o personas a cargo de la víctima directa.

Agrega el punto 9: “La condición de una persona como ‘víctima’ no debería depender de que se haya identificado, capturado, enjuiciado o condenado al autor de la violación, y debería ser independiente de toda relación que pueda existir o haber existido entre la víctima y ese autor”. Por su parte, los “Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁶² señalan en su segundo punto: “En la expresión ‘víctima’ se incluye además, en su caso, a los familiares o a las personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las

²⁶¹ **ONU E/CN.4/2000/6**. Estos principios fueron presentados por el Relator Especial sobre el derecho de restitución, indemnización, rehabilitación de las víctimas de violaciones de derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 2000. También se consideran víctimas a las personas que, al intervenir para asistir a la víctima o impedir que se produzcan otras violaciones, hayan sufrido daños físicos, mentales o económicos”.

²⁶² **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**. Adoptados en su Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.

personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

En el caso de la desaparición forzada, la familia es víctima en primer lugar de afectación del derecho a la verdad, derecho de primer orden para una comisión de esta naturaleza. Tal como lo establece el “Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”²⁶³, en su principio 3, el derecho de las víctimas a saber, las familias “tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”²⁶⁴.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1983 ha señalado que “el profundo pesar y la angustia que padece la autora de la comunicación como consecuencia de la desaparición de su hija y la continua incertidumbre sobre su suerte y paradero” le convertían en una víctima de las violaciones del Pacto sufridas también por su hija, en particular del artículo 7²⁶⁵. Es indiscutible que los parientes próximos y los amigos están sometidos, por el hecho mismo de la desaparición forzada, a una situación de angustia y estrés extremos, que es lo que suelen pretender los perpetradores y que puede durar muchos años.

En nuestro país ya han transcurrido alrededor de 25 años o más sin que los familiares de los niños y niñas desaparecidas no obtengan ninguna información sobre el paradero de sus familiares, ello se demuestra con los múltiples testimonios de familiares de niños y niñas

²⁶³ Conjunto de Principios Anexos del Informe Final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de las violaciones de los derechos humanos, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

²⁶⁴ CIDH, Caso 10.480 (El Salvador), Informe 1/ 99, párrafo 152. Sobre este derecho la Comisión Interamericana expresó que “[...] nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos [...]”.

²⁶⁵ CIDH Caso Quinteros Almeida c. El Uruguay, comunicación 181/ 1984, citado por Nowak, Op, Cit, párrafo 77. Ello se demuestra con los múltiples testimonios de familiares de personas desaparecidas en nuestro país.

desaparecidas en nuestro país. Al respecto, se afirma en la Declaración de las Naciones Unidas, en su párrafo 2, artículo 1, que todo acto de desaparición forzada causa graves sufrimientos a la víctima, lo mismo que a su familia.

Después del derecho a la verdad, es el acceso a la justicia otro derecho que tiene la familia como víctima. La familia debe contar con recursos efectivos que le permitan iniciar acciones judiciales, administrativas o de otra índole tanto en un plano nacional como internacional. Por último, la familia como víctima tiene derecho a una reparación, ya sea en forma de restitución, indemnización, rehabilitación y no repetición²⁶⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que: “En algunos casos, la prueba del parentesco es suficiente pues un vínculo estrecho de familia presupone la existencia de un dolor compartido”.²⁶⁷

En el mismo sentido, respecto al sufrimiento que padece la familia, la Corte Interamericana ha determinado que: El Tribunal considera que es necesario probar el daño moral que se invoca, salvo cuando se trate de muy cercanos familiares de la víctima, o de personas unidas con ésta por relación conyugal o de convivencia permanente. En esta hipótesis, la Corte aplicará la presunción, establecida en otros casos²⁶⁸, de que las violaciones de

²⁶⁶ Sobre el contenido de estos derechos véanse los dos documentos de Naciones Unidas ya citados presentados a la Comisión de Derechos Humanos.

²⁶⁷ **CIDH.** Caso Las Palmeras vs. Colombia, Sentencia de reparaciones, del 26 de noviembre, de 2002 párrafo 54. El Estado fue responsable por la muerte de N.N./Moisés o N.N./Moisés Ojeda en violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además no existen pruebas suficientes que permitan afirmar que Hernán Lizcano Jacanamejoy fue ejecutado en combate o extrajudicialmente por agentes del Estado en violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁶⁸ **CIDH** Caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 2, Párr. 50 e); Caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 2, Párr.88; Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones, supra nota 2, Párr. 60, 63 a 65; Caso Cantoral Benavides. Reparaciones (Art.63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, Párr. 37 y 61; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, Párr. 66 y 68; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, Párr. 108, 110, 125, 126, 143, 144 y 158; Caso Castillo Páez. Reparaciones, supra nota 3, Párr. 88; Caso Loayza Tamayo. Reparaciones, supra nota 3, Párr. 140, 142 y 143; Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones, supra nota 77, Párr. 62; y Caso Aloe boetoe y otros. Reparaciones (Art. 63.1

derechos humanos y la impunidad relacionada con éstas, causan sufrimientos.

A manera de ejemplo La Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas han tramitado y decidido casos sobre desapariciones forzadas ocurridos en el Perú en los que se ha reconocido a los familiares como víctimas a efectos de alcanzar un reconocimiento de sus derechos de verdad, justicia y reparación, esto en consecuencia tiene relación con los distintos casos sobre desaparición forzada de niños durante el periodo del conflicto armado en nuestro país.²⁶⁹

El Tribunal Europeo se ha pronunciado sobre los casos de desapariciones y, desde su primer fallo sobre el tema en el caso Kurt contra Turquía de 1998, ha determinado generalmente la existencia de violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo relativo a la tortura, en lo que respecta a las familias, pero no en lo que respecta a las personas desaparecidas.

Luego de indagar estuvo regresando, y en el lugar denominado Huarmiyacu, ellas fueron interceptadas por efectivos militares y detenida la Sra. Nelly Salvatierra Pomasoncco, la subieron al carro y la devolvieron a base de Asquipata, donde nunca más salió. Esto ocurrió el 26 de Agosto como a las 10 de la mañana.²⁷⁰ El hecho mismo de la desaparición, causa graves daños a los familiares, pero estos daños se vieron agravados en nuestro país por las amenazas y los maltratos sufridos por los familiares

Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, Párr. 76.

²⁶⁹ **CIDH.** Casos del Perú: Neira Alegría y otros, Durand y Ugarte, Castillo Páez., Ana Celis Laureano ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Los diferentes mecanismos de protección de derechos humanos vienen permitiendo la intervención de familiares en sus organismos no convencionales, cuasi judiciales o judiciales.

²⁷⁰ **COMISIONES DE LA VERDAD** en <http://www.cverdad.org.visitado> el 17 de julio de 2011. (en adelante CVR), Testimonio 200323, Vischongo, provincia de Vilcashuamán, Ayacucho, 26 de agosto de 1983.

de los niños desaparecidos. Las amenazas de muerte fueron constantes a los familiares que denunciaban y buscaban a los desaparecidos.

Generalmente este tipo de amenazas eran efectuadas por los miembros del Ejército, o la Policía de Hacienda (PH) entre otros cuerpos Estatales. Los maltratos a los familiares, se producían cuando éstos buscaban a sus familiares en los cuarteles, comisarías, etc. o cuando realizaban la denuncia a las autoridades correspondientes sin darle un trámite correspondiente. Estos maltratos eran desde verbales, hasta llegar al maltrato físico. La propia esposa refiere que, en compañía de las autoridades, fueron a la Base Militar de Concepción a preguntar por el esposo, pero no les dieron razón alguna; por el contrario, los amenazaron y echaron del lugar efectuando disparos al aire, “a qué vienen, váyanse, ¿se quieren morir?” En la tercera ocasión que se acercaron a la Base, uno de los militares les dijo que “los que son como vos ya murieron, vayan a ponerse luto”. Reclamaron los cadáveres junto con la otra viuda, pero no les quisieron dar ninguna razón.²⁷¹

Cuando desaparecieron a mis hijos los militares empezaron a decirme: “familia de guerrilleros”, y me decían groserías como “fuera mierda”, así hablan los militares.²⁷² Preguntando en el cuartel de Ayacucho, un militar le dijo: “Sí, tu esposo está acá. ¿Cuánto me puedes dar? Dame 1500 (dinero) y lo saco”. La señora le adelanto 500. Cuando fue para recogerlo el militar le dijo “se lo llevaron a Lima” y se quedó con los 500.²⁷³

²⁷¹ **CVR.** Testimonio 200010. Provincia de Vilcashuamán, Ayacucho, 13 de marzo de 1983.

²⁷² Defensoría del Pueblo. “Las voces de los desaparecidos: testimonio de los familiares”. Testimonio anónimo de L.N.G. Pág. 49 y 50. Incluso en esta búsqueda se encontraban con militares que aprovechaban la desesperación de los familiares de los desaparecidos para obtener ventajas económicas.

²⁷³ **Ibid. CVR.** Testimonio 100645. Provincia de Huamanga, Ayacucho, año 1984. A menudo, la situación de intensa tensión emocional por la que pasaban los familiares de las víctimas produjo serias secuelas psicológicas.

2.8 Intereses Políticos Como Obstáculo en la Resolución de los Casos de Niños y Niñas Desaparecidas Durante el Conflicto Armado Salvadoreño.

La desaparición forzada debe ubicarse como producto de una política de dominación y en la lógica de los Estados autoritarios, dictatoriales los cuales utilizan diversos mecanismos represivos para sostener sus intereses y estatus quo, el caso de las desapariciones no son un rasgo exclusivo de las dictaduras militares. Países como México, Colombia, Perú y en particular el caso de El Salvador, con Gobiernos supuestamente democráticos han sido escenarios de la misma.²⁷⁴

Para abordar las consecuencias sociales de la obstaculización sobre la restitución a la seguridad jurídica de la niñez mediante la desaparición hay que tener en cuenta los contextos socio políticos concretos; dónde y cuándo se ejecutaron las desapariciones, condiciones y particularidades de las personas desaparecidas y de las organizaciones de las cuales son parte, así como los mecanismos de afrontamiento y sobre todo los altos funcionarios que están involucrados en estos hechos. Inicialmente es importante comprender, como punto de partida, el concepto de represión política como un acto o conjunto de actos violentos ejercidos desde el poder de los Estados contra sus ciudadanos para controlar, o castigar actividades políticas o sociales de oposición:

- a) Son actos intencionales por parte del Estado.
- b) Implica responsabilidad directa o con apoyo del Estado.

²⁷⁴ **ANDREU GUZMÁN, Federico.** *Algunas Reflexiones sobre Impunidad*, Seminario Internacional: "Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos". Santiago de Chile, 14 de diciembre de 1996. en <http://www.derechos.org/koaga/xi/2/andreu.html> sitio Web visitado el 7 de mayo de 2011. Al respecto, Martín Baró, Jesuita, psicólogo, asesinado en nuestro país, afirma que "Bajo la sombra de la impunidad, los Estados desarrollan toda una estrategia tanto militar como psicológica, por medio de la cual se busca dominar a la población a través de una represión aterrizante, es decir, de la ejecución visible de actos crueles que desencadenan en la población un miedo masivo e incontenible y de una represión manipuladora, en la que "ya no se trata de paralizar completamente a la población civil, pero sí de inhibir su rebeldía potencial o de impedir al menos su apoyo efectivo al enemigo".

- c) Son hechos sistemáticos bajo una estrategia integral.
- d) Buscan generar impactos psicosociales en la población.
- e) Se comprende como objetivo militar no sólo la acción armada sino todas las dimensiones de sentido de vida, cultural, ética, psicológica, social.
- f) Las acciones de represión tienen varios sentidos: control, normalización y acostumbramiento a los abusos y al poder del Estado.

2.9 Sobre la Obstaculización en la Búsqueda e Implementación de Medidas en Pro de la Niñez Desaparecida.

En la Desaparición forzada de la niñez, todos los derechos humanos son violentados no hay posibilidad de que se investigue, juzgue y castigue a los responsables de estos aberrantes crímenes. Los efectos más visibles se dan en el ámbito jurídico y político en particular con la negación del Estado de derecho: Si el Estado es quien aplica las políticas de represión y ejerce la impunidad, al no tener voluntad en la investigación del paradero y restitución de la esfera de derechos de la víctima, está negando abiertamente su razón de ser: la instancia encargada de garantizar los derechos humanos, de ejercer justicia.²⁷⁵

La pretensión de olvidar los crímenes cometidos, implica minimizarlos y considerarlos como una manifestación más de una larga tradición de violencia política y promueve la repetición de estos crímenes al obstaculizar el recuerdo de la destrucción social. La impunidad condiciona a la sociedad frente al futuro, haciendo que sea moldeada fundamentalmente de acuerdo con los principios, con la ideología, con el

²⁷⁵ La impunidad con que se beneficia el Estado, asegura que se puedan seguir repitiendo actos contra la dignidad de los seres humanos. Así, mediante la obstaculización de la investigación y aplicación de medidas para resarcir los daños a las víctimas, se asegura y alienta la criminalidad de Estado, permitiendo que los altos funcionarios y militares vinculados al delito continúen ejerciendo sus funciones.

modelo de ordenamiento social queridos por los victimarios. Podemos afirmar, retomando las palabras de Javier Giraldo,²⁷⁶ que la consecuencia más importante en el orden político de la impunidad es el condicionamiento a la sociedad frente al futuro, haciendo que ese futuro sea moldeado fundamentalmente de acuerdo con los principios, con la ideología y con el modelo de ordenamiento social deseados por los victimarios.

Si no existe la posibilidad de la reparación social, moral ni jurídica de las víctimas se convierte en mentira su tragedia. Cómo si lo que paso, lo que vivieron y siguen viviendo no hubiese ocurrido social, ni jurídicamente evitando que se investiguen a los autores directos e indirectos, se les procese y castigue con penas proporcionales a la gravedad de los crímenes cometidos. Por todo lo anterior, la reparación de las víctimas sólo es posible si hay justicia y para que exista justicia tiene que existir la verdad de los hechos. La reparación debe ser integral: moral, psicológica, social, política y por último económica; no para pagar un precio por el desaparecido, sino para reintegrarle a sus familiares el derecho de rehacer una vida digna.

A tres semanas de haber celebrado el XV Aniversario de los Acuerdos de Paz²⁷⁷, por primera vez juntas pero con marcadas diferencias sobre los avances desde su firma, el partido Alianza Republicana Nacionalista ARENA y la oposición política el partido Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional FMLN, volvieron a enfrentarse alrededor de un tema que funcionarios de la Organización de

²⁷⁶ **MOLINA THEISSEN Ana Lucrecia.** *La Desaparición Forzada De Personas En América Latina.* <http://www.museodelamemoria.gov.ar/img/contenidos/biblioteca/desaparicionforzada.pdf> sitio Web visitado 15 de mayo de 2011. Al implantar la impunidad como uno de los ejes de la obstaculización política se busca que en las personas, los grupos, las sociedades convivan en el silencio; con palabras no dichas, por temor a revivir el dolor del pasado, con palabras coartadas por la imposibilidad de decir la verdad, con el silencio y temor entretejido desde las relaciones más cotidianas hasta las más estructurales.

²⁷⁷ **DECLARACIÓN DEL XV ANIVERSARIO DE LOS ACUERDOS DE PAZ DE EL SALVADOR.** en reunión: extraordinaria, Fecha: 16/01/2007, San Salvador, El Salvador. La celebración oficial del XV aniversario de los Acuerdos de Paz unió por primera vez al gobierno y FMLN, en un acto realizado en la Feria Internacional de la capital.

las Naciones Unidas trajeron a colación, en una visita en febrero de 2007: las desapariciones forzadas durante la guerra civil. Con Francia alistándose para la firma de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y El Salvador recibiendo a la misión de la ONU, encabezada por el croata Darko Göttlicher y el mexicano Santiago Corchera²⁷⁸, el escenario nacional e internacional no dejaba que el punto se escapara del debate.

El mensaje del Grupo de Trabajo de la ONU fue contundente, cuando se reunió con Diputados de las Comisiones de Relaciones Exteriores y de Justicia y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa. Los miembros de esta misión de las Naciones Unidas, que en sus registros considera 2 mil 661 casos ocurridos en El Salvador entre 1980 y 1992, insistieron en que mientras no haya esclarecimiento de los mismos el carácter del delito es permanente²⁷⁹. Se recordó a las autoridades que los autores o presuntos autores de desapariciones forzadas no deben beneficiarse de ninguna ley de amnistía²⁸⁰ especial o de otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”, reza el comunicado de prensa emitido al final de la visita.

Aunque sus observaciones no son vinculantes, según una observación general hecha en 2005 al artículo 18 de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, recomendó que se hagan cambios a la Ley de Amnistía aprobada en

²⁷⁸ Desde el periodo 2000-2004, han sido los expertos del grupo de trabajo sobre desapariciones, desarrollando informes sobre la situación de las personas desaparecidas en distintos países latinoamericanos como por ejemplo Honduras, Perú y Guatemala. dijo Corcuera ante la ONU “Duele decirlo, pero en este momento, mientras me dirijo a ustedes, el Estado salvadoreño está cometiendo el delito de desaparición forzada”.

²⁷⁹ En estricto rigor jurídico internacional, las desapariciones forzadas que aún no han sido esclarecidas se siguen cometiendo en la actualidad, por lo que se trata de un delito continuado y no de un asunto del pasado

²⁸⁰ **LEY DE AMNISTIA GENERAL PARA LA CONSOLIDACION DE LA PAZ**, D.L. N° 486, del 20 de marzo de 1993, publicado en el D.O. N° 56, Tomo 318, del 22 de marzo de 1993. Por medio de la presente Ley, se concede amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos.

1993. El objetivo de los cambios, dijeron, es que puedan contemplarse sanciones alternativas o medidas atenuantes de responsabilidad penal cuando el implicado da información que ayude a esclarecer casos.

Pero las consideraciones hechas por la Organización de las Naciones Unidas no dejaron nada contentos a los funcionarios de cancillería, que defienden la vigencia de dicha ley argumentando la no conveniencia de “abrir viejas heridas del pasado”. En una entrevista realizada al entonces vicescanciller salvadoreño, Eduardo Cáliz, este aseguró que si se toca la Ley de Amnistía, se atentaría de manera inequívoca contra el proceso de paz salvadoreño, ya que según la posición del Gobierno si se le quieren hacer variantes en nombre de los derechos humanos, lo que se estaría logrando es que se abran viejas heridas y se ponga en riesgo la estabilidad social en el país, en este supuesto, los casos de desaparición forzada en El Salvador se mantienen en la impunidad bajo el discurso oficial de “perdón y olvido”²⁸¹.

La respuesta de la misión de la Organización de las Naciones Unidas a este argumento, en sintonía con la de grupos de derechos humanos con los que también sostuvieron reuniones, no fue menos contundente que las declaraciones hechas con anterioridad estableciendo que no es abrir algo que está cerrado, es un caso que sigue abierto y que debe de cerrarse bien. Puede haber casos en donde se cierran heridas y se deja el daño adentro y a lo mejor en la apariencia nomás queda una

281

mailto:http://www.uca.edu.sv/virtual/comunica/index.php?option=com_content&view=article&id=140:el-salvador-continua-sin-resolver-mas-de-2-mil-casos-de-desapariciones-forzadas. sitio Web visitado el 15 de junio de 2011. Con quejas de haber recibido valoraciones desequilibradas sobre su trabajo de parte del grupo de trabajo de la ONU, el vicescanciller salvadoreño insiste en que sí se han hecho esfuerzos importantes en la investigación de casos y en que, de ninguna manera, se pueden considerar modificaciones a la Ley de Amnistía.

cicatriz, pero en el caso de las desapariciones forzadas no puede ser así²⁸².

Las observaciones críticas no solo vinieron por parte de la ONU. El mayor partido de oposición y ex guerrilla salvadoreña, el FMLN, también hizo sus señalamientos durante la visita de los miembros de la ONU a la Asamblea Legislativa²⁸³. El entonces partido de Gobierno, ARENA, reaccionando a los señalamientos tanto del Frente como de la misión de la ONU, insistió en que el FMLN también había hecho desapariciones durante la guerra y que habían integrado a niños a las filas de la guerrilla. Las organizaciones de derechos humanos que también se reunieron con Corcuera y Göttlicher, al igual que el Frente, señalaron en un comunicado que ha habido por parte del Gobierno una total negativa para permitir la búsqueda de las personas desaparecidas, especialmente al no proporcionar información de los archivos de la Fuerza Armada que podría contribuir a dar con el paradero de algunas víctimas²⁸⁴.

En referencia al estudio de los Instrumentos Normativos Internacionales, el Grupo de Trabajo de la ONU recomendó a El Salvador que se adhiera a la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas, a la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, al Estatuto de Roma, que dio vida a la Corte Penal Internacional, y a la nueva Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones

²⁸² **INFORME.** VIII Asamblea De La Plataforma Interamericana De Derechos Humanos, Democracia Y Desarrollo – PIDHDD. El grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias pidió al gobierno adherirse a convenciones internacionales y sugirió hacer reformas a la Ley de Amnistía aprobada en 1993. Pero el solo tocar esta ley, sostiene Cancillería, “resquebrajaría inequívocamente el proceso de paz alcanzado”.

²⁸³ **Ibid.** En ese encuentro, el diputado efemelenista Sigfrido Reyes dijo, “Queremos informarles que a esta fecha, 14 años después de emitido el Informe de la Comisión de la Verdad, se promueve desde el Estado una política de impunidad, de encubrimiento de los hechos (...) Los sectores que nos oponemos a la ley de amnistía creemos que para que verdaderamente haya reconciliación nacional debe establecerse realmente la verdad de los hechos terribles que sucedieron en El Salvador”.

²⁸⁴ Sobre este punto, el grupo de trabajo hizo un llamado “a poner a disposición de los interesados la información y documentación que aún pudiere mantenerse reservada, con el fin de fortalecer los resultados de hallazgo de personas desaparecidas”.

Forzadas²⁸⁵. Las organizaciones de derechos humanos, entre ellas Pro-Búsqueda, la Oficina de Tutela Legal del Arzobispado de San Salvador y la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho, también habían señalado este punto como uno de los obstáculos para lograr más avances en la consagración de los derechos de las víctimas de desaparición forzada. Pero una posible adopción de estas convenciones internacionales, algunas que datan incluso 1968, sigue en estudio, asegura Cáliz²⁸⁶.

Mediante el presente capítulo se ha determinado lo que es la desaparición forzada, en el ámbito de la doctrina y su concepto a nivel internacional, por parte de distintos organismos de derecho internacional, además se han establecido sus consecuencias, así como los derechos violentados por la misma, en nuestro país como se mencionó anteriormente se llevó a cabo una desaparición sistemática de personas, incluyendo dramáticamente a la niñez salvadoreña, la cual se considera como un delito continuado, mientras no se investigue y se devuelva la seguridad jurídica de los menores, y es necesario que El Salvador se adhiera a los distintos convenios internacionales en la materia para empezar a restituir verdaderamente a las víctimas de la desaparición forzada. A continuación se determinará la legislación interna sobre desaparición forzada y casos de menores desaparecidos sometida a nivel nacional, y elevados a nivel internacional para una reparación efectiva en nuestro país.

²⁸⁵ En la plenaria de la Asamblea Legislativa del jueves 8 de febrero de 2007, aprovechando la coyuntura del tema puesto en la agenda pública, el FMLN introdujo una pieza de correspondencia solicitando la adhesión a estas convenciones. La solicitud fue enviada al archivo de la comisión correspondiente.

²⁸⁶ **INFORME.** VIII Asamblea De La Plataforma Interamericana De Derechos Humanos, Democracia Y Desarrollo – PIDHDD. Op. Cit. Cancillería sostiene que hay muchas de las convenciones que atentan contra los principios supremos que tiene el Estado y contra el sistema del estado de derecho de El Salvador. por ejemplo, el estatuto de Roma. El Gobierno está siempre estudiando y evaluando estas convenciones, pero por supuesto que cada país tiene como principio soberano e independiente la posibilidad de adherirse o suscribirla en los tiempos o en la forma que no riña.

CAPITULO III

LEGISLACION APLICABLE A LA DESAPARICION FORZADA Y CASOS DE MENORES DESAPARECIDOS SOMETIDA A NIVEL NACIONAL Y ELEVADOS A NIVEL INTERNACIONAL PARA UNA REPARACION EFECTIVA

Sumario. 3.1 *Análisis de la Legislación Nacional aplicable para la búsqueda de la niñez víctimas de la Desaparición Forzada de Personas en el marco jurídico actual.* 3.1.1 *Constitución de la República.* 3.1.2 *El Proceso Constitucional de Habeas Corpus, como medio para establecer la ubicación física de los menores desaparecidos.* 3.1.2.1 *Antecedentes generales del habeas corpus.* 3.1.2.2 *Naturaleza Jurídica del Habeas Corpus.* 3.1.2.3 *Clasificación del Habeas Corpus.* 3.1.2.4 *Procedimiento de Habeas Corpus.* 3.1.2.4.1 *Iniciación.* 3.1.2.4.2 *Resolución de Admisión.* 3.1.2.4.3 *Actuación del Juez Ejecutor.* 3.1.2.4.4 *Resolución definitiva.* 3.1.3 *Código Penal.* 3.1.3.1 *Evolución de la desaparición forzada en la legislación penal salvadoreña.* 3.1.3.2 *El delito de desaparición forzada en el Código Penal.* 3.1.3.3 *Delitos de Trascendencia Internacional o Crimen Internacional.* 3.1.3.4 *Delitos de Lesa Humanidad o Delitos Contra la Humanidad.* 3.1.4 *Código Procesal Penal.* 3.2 *Análisis Jurídico de criterios jurisprudenciales sobre la desaparición forzada.* 3.2.1 *Caso Serrano Cruz Vs. El Estado de El Salvador.* 3.2.2 *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en el caso Serrano Cruz.* 3.2.3 *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* 3.2.4 *Seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones emitidas por parte del Estado de El Salvador.* 3.3 *Críticas positivistas al Marco Jurídico Nacional en materia de Desaparición Forzada de Personas.* 3.4 *Instrumentos legales que protegerían la seguridad jurídica de la niñez ante la desaparición forzada.*

3.1 Análisis de la Legislación Nacional Aplicable Para la Búsqueda de la Niñez Víctimas de la Desaparición Forzada de Personas en el Marco Jurídico Actual

Los Estados son los principales entes obligados a respetar y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas que en ellos habiten o bien se encuentren de paso por su territorio por ello están llamados a crear medidas legislativas que tengan como fin inmediato la protección del libre ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente, y de igual forma cuando estos se vean violentados, son también los Estados los que deben establecer mecanismos que

permitan resarcir el daño causado, sea a las víctimas directas o indirectas de las transgresiones de tales derechos²⁸⁷.

Sin embargo, en la realidad, muchas veces esto no se cumple. El Salvador, ha sido un claro ejemplo de ello, ya que durante más de una década vivió inmerso en una guerra civil que dejó al menos 75,000 personas muertas y otras incontables víctimas de violaciones a sus derechos humanos, entre los cuales se encuentra la desaparición forzada. Esta figura ha sido tipificada por la comunidad internacional como un delito de lesa humanidad²⁸⁸, porque además de lesionar en una forma directa el derecho a la libertad personal o física del individuo, tiene una repercusión colateral en el ejercicio y goce de otros derechos fundamentales²⁸⁹.

Por lo expresado anteriormente, en el tema de la desaparición forzada se considera de vital importancia la existencia de una normativa primaria y secundaria, en las cuales se establezcan procesos e instituciones especiales que garanticen la seguridad jurídica²⁹⁰ de las

²⁸⁷ El papel de los derechos fundamentales es determinar el comportamiento estatal: *"podemos considerar que las premisas esenciales determinadas por la Constitución para el comportamiento estatal en general, y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal son (...): el respeto a la dignidad de la persona humana, que es, a decir del Preámbulo de la Constitución, uno de los fundamentos de la convivencia nacional, y a los derechos fundamentales inherentes a ella (...). Tal respeto no debe limitarse a una consideración formal o retórica, sino traducirse en una efectiva tutela"* (Sentencia de 14-II- 1997, Inc. 15-96, Considerando IX2).

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/explois/indice.asp?nBD=1&nDoc=6&nItem=15&nModo=3>

²⁸⁸ La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA, por sus siglas), en resolución 666 (XIII- 0/83) aprobada el 18 de noviembre de 1983 cataloga a la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad: "4. Declarar que la practica de 1a desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad." Véase, <http://www.oas.org/dil/esp/ag03797S01.pdf>

²⁸⁹ Según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la desaparición forzada constituye una violación múltiple de derechos fundamentales, dado que no solo agrava el derecho a la libertad personal, sino que también ataca otros derechos fundamentales, esto pues concurren otras circunstancias además de la privación arbitraria de la libertad, se pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido y la víctima se encuentra en un estado de completa indefensión. Véase Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4 párr. 155-157. resolución 742 (XIV- 0/84) de la Asamblea General de la OEA, <http://www.oas.org/dil/esp/ag03798S01.pdf>

²⁹⁰ La seguridad jurídica es una condición para la garantía de los derechos fundamentales: *"la seguridad jurídica es, desde la perspectiva del derecho constitucional, la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público"* (Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99, Considerando II2).

víctimas directas e indirectas de tan repudiable delito. En el caso de El Salvador, el cuerpo normativo primario, es la Constitución de la República, en la cual se establece el sentido y alcance de los derechos y libertades fundamentales, así como, de saber a quienes alcanzan las prohibiciones, acciones u omisiones que estos derechos comportan.²⁹¹ Ahora bien, el situar a la Constitución en la cúspide de la pirámide normativa, acarrea como consecuencia que las leyes secundarias que se creen deberán estar fundadas en los principios básicos que de ella emanan, y de igual forma buscarán la defensa de estos²⁹².

Uno de estos principios fundamentales que rigen en nuestra Constitución, es el principio de la libertad²⁹³, de la cual se deriva el derecho a la libertad manifestada en todas sus formas, entre estas la libertad personal; y para proteger y garantizar el ejercicio de este derecho se han creado además otras leyes secundarias en las cuales se establecen Instituciones, procedimientos, y sanciones para quienes resulten infractores. En el caso específico de la desaparición forzada, estos preceptos se encuentran regulados en el Código Penal, Código Procesal Penal y Ley de Procedimientos Constitucionales.

²⁹¹ **RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique**, "Derechos Fundamentales entre particulares: Una introducción a su problemática protección constitucional e internacional", en Revista de Derecho Constitucional. N° 25, Tomo I, Octubre – Diciembre, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1997, Pág. 2.

²⁹² Se ha señalado en la jurisprudencia constitucional el carácter básico de los derechos fundamentales, diciendo que los mismos "constituyen –junto a otras valoraciones expresión jurídica de la decisión político ideológica contenida en la normativa constitucional; y, por ello, tanto las disposiciones constitucionales como las Infra constitucionales –legales, reglamentarias, etc.– han de interpretarse en función de los derechos fundamentales, posibilitando la maximización de su contenido. Este carácter básico de los derechos fundamentales en la normativa constitucional aparece expresamente consignado tanto en el Preámbulo de la Constitución como en el Art. 1 de la misma" Sentencia de 14-XII-1995, Inc. 17-95, Considerando XII.

²⁹³ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, Decreto N° 38**, "Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en asamblea constituyente, puesta nuestra confianza en dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de el salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad mas justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista"

3.1.1 Constitución de la República

La Constitución de la República de El Salvador no recoge de forma explícita la figura de la desaparición forzada; aunque dicta una serie de artículos de su parte dogmática, en los cuales se establecen garantías que limitan las actuaciones públicas y particulares frente a los derechos reconocidos como fundamentales, que como ya se mencionó anteriormente, son los que se ven afectados directa o indirectamente al momento de que la persona es víctima de desaparición forzada.

La Constitución salvadoreña posee una concepción personalista, esto significa que el Estado tendrá sentido sólo como un medio puesto al servicio de la persona humana, como un instrumento para la realización de los fines de ésta. Que el Derecho existe por causa de los hombres "significa dos cosas: una, que el Derecho es obra del hombre; otra, que el Derecho está al servicio del hombre".²⁹⁴

"Esta concepción filosófica incide en el campo jurídico caracterizando al Derecho y al Estado. Así pues, desde el personalismo o humanismo, se entiende que la función del Derecho es garantizar la libertad de cada individuo para permitir que éste realice libremente sus fines, y la función del Estado es la organización y puesta en marcha de la cooperación social, armonizando los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien común"²⁹⁵

Entonces, en base a este reconocimiento se debe entender que el Estado tiene la obligación de convertirse en garante del derecho a la

²⁹⁴ **SENTENCIA de 19-VII-1996**, Inc. 1-92, Considerando IV (1) esto en concordancia con el Artículo 1: *"El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común (...)*

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad..."

²⁹⁵ **SENTENCIA de 19-VII-1996**, Inc. 1-92, Considerando IV (3), es de entenderse entonces que el Estado debe velar por el bienestar de todos sus integrantes, y su obligación de garantizar el goce y protección de los derechos fundamentales, es para todos sus habitantes, e inclusive para quienes se encuentren de paso por su territorio.

libertad, entendida en todas sus formas, incluida la libertad personal, y propiciar los medios necesarios para que tal derecho pueda ser ejercido sin mayores restricciones que las impuestas por las leyes, las cuales cabe recalcar que de igual forma deben ser creadas tomando en cuenta las garantías mínimas de respeto a derechos fundamentales.

En el artículo 2 de nuestra Constitución²⁹⁶ se enuncian y reconocen los atributos que integran el núcleo de los denominados derechos fundamentales de la persona humana, y de igual forma se consagra el derecho a que se procure la protección, conservación y defensa de estos, es de hacer notar que, en esta consagración radica la esencia de las garantías constitucionales y, especialmente, jurisdiccionales de los mencionados derechos, y responde a la idea esencial de que las libertades no valen en la práctica más de lo que valen sus garantías; los mecanismos de protección de estos derechos, son el complemento imprescindible para hacer posible el tránsito que media desde su reconocimiento constitucional hasta su real eficacia jurídica en las relaciones humanas²⁹⁷.

En relación a lo anterior, la Sala de lo Constitucional ha afirmado que, el reconocimiento de los derechos fundamentales no es sino una declaración de carácter metajurídico si no se acompaña de garantías suficientes que aseguren la efectividad del ejercicio de tales derechos: el reconocimiento de los derechos fundamentales debe ir acompañado de la intervención de mecanismos jurídicos que aseguren su protección efectiva. Por tanto, la efectividad de los derechos fundamentales depende

²⁹⁶ Artículo 2: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos” (...)

²⁹⁷ **SENTENCIA de 17-IX-1997, Amp. 14-C-93, Considerando IV (5).** Como ejemplos de garantías Constitucionales podemos mencionar: los procesos de amparo y hábeas corpus comparten una misma finalidad esencial, la cual es salvaguardar los derechos constitucionales específicos para los cuales han sido diseñados, tutelando el respeto y cumplimiento de la Constitución como norma primigenia; diferenciándose ambos procesos únicamente por el objeto de protección, dado que en el proceso de amparo se protege todos los derechos constitucionales distintos de la libertad física, y en el proceso de hábeas corpus se brinda tutela a la libertad personal.

tanto de su reconocimiento formal cuanto de la existencia de mecanismos jurídicos susceptibles de garantizar su eficacia real.²⁹⁸

El derecho fundamental a la libertad que reconoce la Constitución debe de ser entendido de una forma amplia, es decir que este contempla entre otras las libertades de expresión, pensamiento, de culto, de asociación, de disposición de bienes, y por supuesto la libertad individual o personal, “la cual se define como la que permite disponer de la propia persona según los dictados o inclinaciones de nuestra voluntad o naturaleza, a cubierto de presiones, amenazas, coacciones y de todo otro influjo que violenta la espontánea decisión del individuo. Constitucionalmente se traduce en las garantías sobre detención, juzgamiento y sentencia, sobre todo la audiencia del acusado y su defensa en juicio”.²⁹⁹ En razón a esto podemos entender entonces a la libertad personal,³⁰⁰ como, la posibilidad de actuar conforme a lo permisible por las normas jurídicas, obrar para cumplir obligaciones, no hacer lo prohibido, y hacer o no hacer lo que no está ni prohibido ni ordenado, principio que recoge nuestra Constitución en su artículo 8³⁰¹.

Ahora bien, ya establecido que el derecho a la libertad es reconocido como un derecho fundamental e inherente a la persona humana, es necesario que este sea delimitado, en sus alcances y restricciones, pues es de entenderse que a un que se reconozca que toda persona es “libre”, esto no significa que el individuo ha de extralimitarse

²⁹⁸ SENTENCIA de 29-IX-1997, Amp. 20-M-95, Considerando IV (1).

²⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 555. Véase: <http://es.scribd.com/doc/202240/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales->

³⁰⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, en Ossorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición Electrónica, Editorial Datascan, S.A. Guatemala. Pág. 555. Véase: <http://es.scribd.com/doc/202240/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales-> *La libertad*, debe entenderse como, la posibilidad de optar lícitamente entre el ejercicio y el no ejercicio de nuestros derechos subjetivos.

³⁰¹ Constitución de la República de El Salvador, Artículo 8 “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.”

en la disposición de sus libertades, porque esto podría derivar en el atropello de los derechos de otros³⁰².

En relación a las limitantes del derecho a la libertad, la Sala de lo Constitucional ha establecido que no se trata, pues, de una libertad ilimitada, sino que las personas han de observar obligatoriamente todas aquellas restricciones de su libertad que el legislador fórmula para la convivencia social, siempre en relación a los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

Lo anterior nos dice que la libertad es restringible, pero al mismo tiempo que sólo es restringible por razones que atiendan a los valores fundamentales del sistema, lo que significa que no es restringible en virtud de razones alejadas a las normas jurídicas. Dicho en otras palabras, en la Constitución salvadoreña, el derecho general de libertad no otorga una permisión ilimitada a hacer o no hacer lo que se quiera, sino que significa que toda persona puede hacer u omitir lo que quiera en la medida en que no vulnere la consagración normativa de protección, o bien los derechos de terceros o de intereses generales³⁰³. Es de entenderse entonces que al igual que los otros derechos reconocidos constitucionalmente, el derecho a la libertad posee limitantes, las cuales están dirigidas a beneficiar la coexistencia social pacífica.

Sobre una de estas limitantes se pronuncia el artículo 4 de la Constitución, pues hace un especial énfasis en la abolición de la esclavitud, que según el Estatuto de la Corte Penal Internacional es el

³⁰² La Sala de lo Constitucional, establece que la libertad debe ser entendida como una condición para que el individuo pueda desenvolver y desarrollar libremente sus facultades propias; el mejor medio para asegurar este desenvolvimiento es permitirle dirigirse espontáneamente, a su manera y a sus riesgos y peligros, en tanto no afecte el derecho legal de otro. Por consiguiente, asegurar este libre desenvolvimiento es justamente el fin de las diversas libertades que constituyen los derechos individuales. Sentencia de 13-VI-1995, Inc. 4-94, Argumentación 1ª.

³⁰³ **SENTENCIA** de 14- XII-1995, Inc. 17-95, Considerando XIII. A lo que se refiere es que la libertad no es un derecho absoluto, si no que posee restricciones, y los límites del derecho de libertad de una persona se ven establecidos por los derechos de otra persona, incluidos la libertad. Entonces se considera necesario que existan leyes que regulen estos límites para procurar que no se caiga en una dictadura o en un libertinaje.

ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños³⁰⁴. Es decir entonces, que esta figura está referida a la privación de libertad de la persona con el fin de comercializarla, explotarla sexual o laboralmente. A la esclavitud modernamente se le ha asociado con la trata de personas, y por lo tanto no se puede tomar a esta figura como símil ni consecuencia de la desaparición forzada, pues hay que recordar que, la desaparición forzada es un mecanismo utilizado por el Estado a través de sus agentes o funcionarios para ejercer control sobre aquellas personas o grupos de personas que consideran como subversivos, y por ende como atentatorios al régimen político que defienden o que pretenden instaurar³⁰⁵

El artículo 11³⁰⁶, regula directamente el derecho a audiencia, el cual a su vez constituye una garantía de protección a derechos fundamentales, entre estos el derecho a la libertad individual, así para la Sala el artículo señala en esencia que la privación de derechos para ser válida jurídicamente necesariamente debe ser precedida de proceso seguido conforme a la ley. Tal referencia a la ley no supone que cualquier infracción procesal o procedimental implique por sí violación constitucional, pero sí exige que se respete el contenido del derecho de audiencia.

³⁰⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 17 de Julio de 1998, Artículo 7, N° 2, Lit. (c)

³⁰⁵ Según el Informe presentado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, los agentes del Estado al recurrir a la desaparición forzada perseguían objetivos múltiples dentro del marco general de la estrategia *contrasubversiva*. Entre los principales objetivos buscados se encuentran:

- a) Conseguir información de los subversivos o sospechosos.
- b) Eliminar al subversivo o al simpatizante de la subversión asegurando la impunidad.
- c) Intimidar a la población y forzarla a ponerse del lado de las fuerzas del orden.

³⁰⁶ **Artículo 11:** “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes (...) La persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad”

Aspectos generales de dicho derecho, de modo genérico y sin carácter taxativo, son: a) que a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, el cual no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones constitucionales respectivas; b) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas, que en el caso administrativo supone la tramitación ante autoridad competente; c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y d) que la decisión se dicte conforme a leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado³⁰⁷.

En el mismo sentido, artículo 13³⁰⁸, establece la obligatoriedad que toda orden de detención debe ser de conformidad con las leyes, y por tanto deberá observarse, además de la legislación específica en materia penal, y también los Instrumentos Normativos Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por El Salvador³⁰⁹. Lo anterior significa que todo acto con el cual se pretenda privar de libertad a una persona debe de ser ordenado por un juez natural que ha actuado en forma imparcial y conforme a la normativa nacional e internacional, y además habrá de valorarse que concurren los presupuestos bajo los cuales procede la detención³¹⁰, entre estos los principios básicos para que proceda una detención *fomus boni iuris y periculum in mora*; en todo caso de no observarse alguno de estos requisitos al momento de que se restrinja la libertad física de la persona, podrán ser interpretadas como

³⁰⁷ **SENTENCIA de 13-X-1998**, Amp. 150-97, Considerando II 1). Se considera que estos son los presupuestos esenciales para calificar como legal una detención.

³⁰⁸ **Artículo 13**: “Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas.”

³⁰⁹ Entre estos tratados se encuentran la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

³¹⁰ cuando se afecta la libertad individual a través de una resolución judicial que en forma manifiesta vulnera el debido proceso -por ejemplo, el derecho al juez natural, procede acudir al hábeas corpus

arbitrarias o carentes de fundamentación y en consecuencia violatorias de los preceptos constitucionales³¹¹.

Estos últimos dos artículos son complementarios entre sí, pues ambos reconocen el derecho a la no privación ilegal de libertad, haciendo un especial énfasis en los límites legales sobre los cuales deben de tener reparo tanto autoridades gubernamentales como funcionarios públicos; esta observación es particularmente importante, porque como se estudiará posteriormente, uno de los presupuestos necesarios para tipificar el delito de desaparición forzada es que haya sido cometida, ordenada o avalada por un funcionario público o autoridad gubernamental.

Como forma complementaria al establecimiento de vallas jurisdiccionales a los posibles abusos de autoridad de los funcionarios públicos y autoridades gubernamentales, la Constitución establece en el artículo once inciso segundo, el proceso de “Habeas Corpus” como medio protector del derecho a la libertad física de la persona, siendo considerado este proceso como la garantía o control constitucional específico de la libertad personal.³¹² El organismo con competencia para conocer y resolver en este proceso es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y en forma supletoria por las Cámaras de Segunda Instancia, cuando fuere iniciado el proceso fuera de la capital.³¹³

³¹¹ “Resulta necesario que la pretensión formulada por el peticionario en el hábeas corpus se fundamente en un agravio constitucional, es decir, que se cimiente en transgresiones a normas constitucionales, pero, además, que las mismas se encuentren vinculadas directamente con una afectación real al derecho de libertad física que sufre el favorecido; pues de lo contrario, se entendería que la pretensión se encuentra viciada, y si tal circunstancia se evidencia en el transcurso del proceso sería obligatorio la terminación del mismo por medio de la figura del sobreseimiento” Sentencia de Sobreseimiento del 20-I-2005, HC 49-2004, Considerando IV.

³¹² **BERTRAND GALINDO, Francisco y Otros**, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, tercera edición, San Salvador, El Salvador, 1998, Pág. 314.

³¹³ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR**. Artículo 247, inc.2° “*El habeas corpus puede pedirse ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residen en la capital (...)*”

Ahora bien, es importante recordar, que para garantizar y proteger los derechos fundamentales de la persona, es necesario no solo la existencia de normas jurídicas que limiten y regulen las actuaciones de particulares o del Estado, también es necesario de la existencia de instituciones que se encarguen de velar por el cumplimiento y aplicación de dichas normas, y que de ser infringidas se apliquen los procesos y penas establecidas para sancionar a los transgresores de dichos derechos. Es por ello que en la parte orgánica de la Constitución se crean la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República, la Policía Nacional de la República; y se reconoce al Órgano Judicial como el único facultado para la imposición de penas.

Además de esto la el legislador ha sido consiente que, a pesar de que las anteriores Instituciones poseen dentro de sus roles primarios la defensa de los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente, son quienes mayormente los vulneran, y es por ello que se observe la necesidad de que exista un ente contralor que tenga por objetivo buscar un equilibrio entre el ejercicio el poder estatal y su repercusión en los derechos de sus habitantes³¹⁴, así nace la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Esta Institución fue integrada en nuestra Constitución, luego de la firma de los acuerdos de Paz, se constituyo como integrante del Ministerio Público, y fue necesario que se reformaran los artículos 191³¹⁵, 192 y 194 de la Constitución.

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Es una Institución que tiene un carácter permanente e independiente, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa³¹⁶, estas

³¹⁴ LUNA, Oscar Humberto, Curso de Derechos Humanos "Doctrina y Reflexiones", Procuraduría para la Defensa de Derechos Humanos, 1° edición, San Salvador, El Salvador, 2010, Pág. 188. El Licenciado Luna, al referirse a la función del estatal: "*El Estado en si mismo desarrolla una actividad eminente administrativa que se manifiesta en las funciones que son propias de él. Y como tal actividad no puede ser ilimitada, se necesita que hayan controles para frenar los abusos, irregularidades o actuaciones arbitrarias del Estado.*"

³¹⁵ *Ibíd.* Pág. 188

³¹⁶ *Ibíd.* Pág. 191

características le permiten ejercer su función contralora de una forma libre y objetiva, es decir, que por no estar sujeta a ningún órgano del Estado³¹⁷, esta puede censurar o pronunciarse sobre las actuaciones que cometan las Instituciones u Órganos del Estado, que resulten en agravio o atropello a los derechos humanos ya sea de un individuo o un colectivo.

La Constitución de la República, en su artículo 194, establece como funciones del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos las siguientes: (...) d).- *Promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los Derechos Humanos*; e).- Vigilar la situación de las personas privadas de su libertad. Será notificado de todo arresto y cuidará que sean respetados los límites legales de la detención administrativa; f).- Practicar inspecciones, donde lo estime necesario, en orden a asegurar el respeto a los Derechos Humanos; g).- Supervisar la actuación de la Administración Pública frente a las personas (...)

La importancia de esta Institución, en materia de desaparición forzada, radica, en que el Procurador entre sus funciones tiene la de promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los Derechos Humanos, es decir entonces que este tiene la facultad de iniciar un proceso de habeas corpus, cuando al haber efectuado las investigaciones pertinentes determine que se ha violentado el derecho a la libertad personal. Según Francisco Bertrand Galindo³¹⁸, de la lectura de la disposición Constitucional, pareciera ser que en materia de habeas corpus, la actividad del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos se reduce a un mero poder de iniciativa; sin embargo de la lectura del artículo 38 de la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los

³¹⁷ **ARTICULO 9**, Reglamento de la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos establece: *“En el ejercicio de su cargo, el Procurador actúa en forma independiente; no depende de ninguna institución, Órgano o autoridad del Estado, ni puede ser impedido ni coartado por ninguna autoridad. (...) El Procurador sólo está sometido a la Constitución y a las leyes de la República”*

³¹⁸ **BERTRAND GALINDO, Francisco y Otros**, op. Cit , Pág. 346

Derechos Humanos³¹⁹, parece que cuando el mismo hecho violatorio (por ejemplo una detención ilegal) este siendo investigado por otra autoridad o funcionario del Estado, el Procurador tendrá acceso a toda la información pertinente, así mismo podrá aportar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación.

3.1.2 El Proceso Constitucional de Habeas Corpus, Como Medio Para Establecer la Ubicación Física de los Menores Desaparecidos

Según la Real Academia Española hábeas corpus, proviene del latín habeas corpus (ad subiciendum), que tengas tu cuerpo para exponer, y se define como el “derecho del ciudadano detenido o preso a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal, y si debe alzarse o mantenerse. Es término del derecho de Inglaterra, que se ha generalizado”³²⁰

El proceso de habeas corpus, es un medio de defensa de la constitución, mediante el cual se garantiza el pleno respeto al derecho de la libertad personal, pues busca la tutela efectiva contra las restricciones ilegales o arbitrarias. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha considerado al habeas corpus como “proceso constitucional, que constituye un mecanismo de satisfacción de pretensiones que una persona aduce frente a una autoridad judicial o

³¹⁹ **Artículo 38.-** Cuando el mismo hecho violatorio de los derechos humanos esté siendo investigado por otra autoridad o funcionario del Estado, el Procurador tendrá acceso a toda la información pertinente. Asimismo, podrá aportar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación.

³²⁰ Diccionario de la Real Academia Española. Vease: <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?LEMA=cultura>

administrativa e incluso particular cuando su libertad o la de la persona a cuyo favor se solicita se encuentra ilegal o arbitrariamente restringida”.³²¹

3.1.2.1 Breves Antecedentes Generales del Habeas Corpus

Como antecedentes remotos de la garantía individual precitada, se pueden señalar el interdicto de liberis exhibendis et ducendis del antiguo Derecho Romano y el juicio de manifestación del Derecho aragonés medieval. La institución ha pasado a las legislaciones modernas, por lo menos a la de los países que todavía mantienen el respeto a los derechos y libertades individuales; es decir, a los países políticamente organizados como Estados de Derecho³²².

Hábeas corpus quiere decir tanto como “que tengas el cuerpo”, y tiene su origen en las actas y el *writ* que en Inglaterra garantizan la libertad individual, permitiendo no solo a cualquier persona presa ilegalmente, sino asimismo a cualquier otra que se interese por ella, acudir a la *High Court of Justice* en demanda de un auto por el cual se ordene la presentación, ante el tribunal requirente, del cuerpo del detenido por quien o quienes lo hubieren privado de libertad. Queda sobreentendido que el requerimiento va dirigido a toda clase de autoridades, porque lo que se trata de aclarar es, precisamente, si ellas han adoptado o no esa medida dentro de su competencia y de manera legal.

En Latino América, el habeas corpus encuentra sus orígenes en las Cortes de Cádiz, cuando por iniciativa del Diputado suplente por Guatemala Manuel de Llano, que fue propuesto en 1810, un proyecto de

³²¹ **Sentencia 20-1-2003- HC, 168-2002. Considerando III (a).** Dado que el Habeas Corpus tiene como fundamento la protección de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad personal, la legislación e inclusive la misma de Sala de lo Constitucional a través de la jurisprudencia, establece que no solo la persona privada de libertad puede iniciar este proceso, si no que puede ser iniciado inclusive por alguien ajeno a la persona a quien se le ha afectado el derecho.

³²² **Ossorio Manuel**, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición Electrónica, Editorial Datascan, S.A. Guatemala. Pág. 445

Ley de Habeas Corpus al tenor de la existente en Inglaterra, para lo cual se nombró una Comisión el 17 de diciembre de 1810, pero a pesar de haber sido acogida por la comisión no fue desarrollada y el impulso no obtuvo resultados, fue hasta el año de 1830 en el Código Penal del Imperio del Brasil, que se positiviza por primera vez la figura del habeas corpus, posteriormente otros países del continente fueron incorporando la figura en sus cuerpos normativos secundarios, pero es de realzar que fue El Salvador quien por primera vez en América latina, consagra al habeas corpus en el más alto nivel normativo, incorporándolo en la Constitución de 1841³²³.

En El Salvador la figura del habeas corpus fue introducida al derecho positivo vigente de aquella época con un rango constitucional³²⁴, desarrollando posteriormente las disposiciones de la norma primaria en leyes secundarias que establecían y delimitaban los procesos y competencias en materia de habeas corpus, así se hizo en el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, publicado en Guatemala. Este código desarrolló lo relativo a la exhibición de la persona, en sus artículos 1942 al 1521, aportando fórmulas que aún se conservan en la Ley de Procedimientos Constitucionales³²⁵.

³²³ **GARCÍA BELAUNDE, Domingo.** El habeas Corpus en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas. Foro Jurídico, núm. 2, julio de 2003. Véase: <http://www.usfq.edu.ec/Tributarium/Documents/lurisDictio7/El-habeas-corpus-en-america-latina.%20antecedentes.%20desarrollo.PDF>

³²⁴ La Constitución de El Salvador de 1841, establece el habeas corpus como un medio de protección para los salvadoreños que hubiesen sido detenidos ilegalmente y se regulaba en el art. 83, del mencionado cuerpo normativo, y establecía lo siguiente: “ningún salvadoreño puede ilegalmente ser detenido en prisión y todos tienen derecho a ser presentados ante Su juez respectivo, quien en su caso deberá presentar auto de exhibición o habeas corpus”. Este artículo debe relacionarse con el artículo 51 inciso 2º del mismo cuerpo normativo el cual hace referencia a las funciones de los jueces de primera instancia, y dicta lo siguiente: “ *Dichos jueces conocerán (...) de los recursos de agravios por prisión, arresto o detención que no exceda de un mes*”. Véase: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1575/10.pdf>, pág. 13 y 18.

³²⁵ **SILVA, Jose Enrique.** Jurisdicción Constitucional de El Salvador, Justicia Constitucional Comparada, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Estudios Constitucionales Mexico-CentroAmerica. Primera Edición, Mexico 1993, Pág. 158. Véase: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=626> y <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/626/12.pdf>

Como se puede observar, en el transcurrir de la historia, la figura del Habeas Corpus, no fue acogida como un mecanismo para encontrar a personas que hubiesen sido privadas de su libertad y posteriormente desaparecidas, este ha sido un proceso particularmente empleado para determinar si una detención ha sido efectuada o no conforme a las leyes. El Salvador ha sido partidario de este pensamiento doctrinario durante mucho tiempo, y es hasta hace un poco mas de una década que la Sala de lo Constitucional se pronuncio a través de la jurisprudencia sobre la figura del habeas corpus por desaparición forzada.

3.1.2.2 Naturaleza Jurídica del Habeas Corpus

La discusión existente entre los teóricos y especialistas del derecho, en cuanto a determinar con precisión la naturaleza jurídica del Hábeas Corpus es tan grande como ancestral es la figura misma. Se le ha considerado como garantía, recurso, acción, derecho, institución, juicio, procedimiento, etc.

Atendiendo a su evolución histórica, a su espacio geográfico de aplicación, a su ejercicio mismo o simplemente a la interpretación que cada uno de los implicados haga del mismo. Sin embargo, para efectos instructivos y prácticos, antes que definitivos y concluyentes se procede a hacer algunas consideraciones. Se es del criterio que definitivamente el Hábeas Corpus no es un “Recurso”, como comúnmente se le llama aún entre algunos entendidos del derecho. Y por lo mismo, siguiendo lo expresado por Bidart Campos, quien sostiene que “no es un recurso, sino una acción, con la que se promueve un juicio de índole sumario. La índole de la pretensión que es tener decisión sobre la libertad de una persona, cuya privación se ataca por ilegítima o ilegal, suscribe la necesidad de

que la vía procesal sea idónea y apta para su celeridad como para llegar a su sentencia con la menor demora posible³²⁶

3.1.2.3 Clasificación del Habeas Corpus

Como se ha venido planteando, conviene aplicar la tutela constitucional y procedimental, a situaciones diversas de la detención, y para ello es dable mencionar la doctrina del Derecho Constitucional Argentino proviene y con base a los principios generales se puede hacer una clasificación del Hábeas Corpus de la siguiente manera:

- Hábeas Corpus principal (tradicional o clásico): Es el que tiene por objeto cuestionar una detención o privación ilegítima, producida o por producirse (Hábeas Corpus Preventivo).
- Hábeas Corpus restringido: También denominado accesorio o ilimitado, y cuyo objetivo es evitar actuaciones o molestias menores a la libertad individual que no configuren una detención o prisión (vigilancias o seguimientos).
- Hábeas Corpus correctivo: Su finalidad es eminentemente preventiva o reparadora, impidiendo tratos o traslados indebidos que sometan a las personas detenidas legalmente, a condiciones inhumanas.
- Hábeas Corpus de pronto despacho: Cuyo objetivo es eminentemente reparador para impulsar trámites administrativos necesarios y útiles a efecto de disponer la libertad de un detenido.
- Hábeas Corpus en la traslación del detenido: El cual trata de procurar la libertad de una persona requerida por una autoridad distinta a

³²⁶ **BIDART CAMPOS, German**, "Manual de Derecho Constitucional Argentino" .Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 1979. Pág. 430. A esta teoría se suman también reiteradas sentencias de la Sala de lo Constitucional que han establecido que el habeas corpus es un proceso, y que no puede ser considerado como un recurso. *"La jurisdicción constitucional ha rechazado equiparar el habeas corpus a un recurso: "El habeas corpus no es un medio para sustituir los recursos ordinarios que existen en el proceso penal, ya que su función es de índole constitucional, lo cual ha sido sostenido en la jurisprudencia de esta Sala"*. Sentencia del 11-II-1999 y sentencia HC 23-99, Considerando III

la del lugar de detención y que no ratifica su interés en la misma o no dispone de los medios necesarios para el traslado del detenido.

- Habeas Corpus por Desaparición Forzada: En relación a la clasificación del Habeas Corpus, la Sala de lo Constitucional ha establecido un caso especial por el cual también puede ser iniciado un proceso constitucional de habeas corpus, pues han considerado es importante hacer dicha caracterización en atención a la práctica de desapariciones forzadas.

Siendo que la realidad histórica de nuestro país es innegable la existencia de un conflicto armado interno, del que han resultado diversidad de denuncias contra la práctica de desapariciones forzadas de personas en esa época, las que conllevaron crasas violaciones no sólo al derecho de libertad, sino además a la seguridad personal, dignidad, integridad física y vida, es que Sala estima procedente conocer del de dichos casos y modificar el criterio jurisprudencial que con anterioridad habían sostenido sobre que la desaparición forzada no era materia del habeas corpus. Esto con el fin de no ver excluidos del conocimiento de la garantía del habeas corpus supuestos tan graves de lesión al derecho de libertad como son las desapariciones forzadas u otros que puedan surgir en la realidad.

Del fundamento para decidir el cambio y conocer respecto de los casos referidos a desapariciones forzadas se ha tenido en cuenta el art. 11 inciso 2º de la Constitución y dado que la desaparición forzada conlleva sin lugar a discusión inmersa una restricción arbitraria de la libertad³²⁷, es razonable acceder a conocer de ello y no diferir a otro proceso la tutela de la libertad ambulatoria, aduciendo de manera

³²⁷ Sobre esto cabe agregar que la finalidad del hábeas corpus no consiste en determinar la responsabilidad penal de la persona a favor de quien se interpone. A través de este proceso constitucional sólo se verifica si existe amenaza o violación de la libertad individual y, en caso que ésta se constate, disponer judicialmente se repongan las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho en cuestión.

prematura que se trata de la configuración de un delito, pues precisamente para garantizar dicha tutela se ha instituido el hábeas corpus.

3.1.2.4 Procedimiento de Habeas Corpus

El hábeas corpus es una institución jurídica que garantiza la libertad personal del individuo, con el fin de evitar los arrestos y detenciones arbitrarias. Se basa en la obligación de presentar a todo detenido en un plazo perentorio ante el juez, que podría ordenar la libertad inmediata del detenido si no encontrara motivo suficiente de arresto.

3.1.2.4.1 Iniciación

Hay mucha amplitud también en cuanto a la petición de la exhibición personal restringida ³²⁸ o por cualquier otra persona. En aplicación del principio de informalidad que debe regir en estos procesos. Ella puede hacerse por escrito ³²⁹ presentado directamente a la Secretaría de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o a la Secretaría de cualquiera de las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital, o por carta o telegrama. No se exige firma de Abogado Director; pero no se permite la solicitud verbal, aspecto que debería ser corregido.

³²⁸ La naturaleza jurídica de la solicitud de habeas corpus que formulan personas particulares, ajenas a quien tenga restringida su libertad, es la de una declaración de conocimiento, mediante la cual se introducen en el procedimiento los hechos que han de fundamentar la pretensión de habeas corpus. Que tal declaración de conocimiento se asemeja a la denuncia, ya que, en muchos casos, la exposición de los motivos por los cuales se solicita el habeas corpus puede constituir al mismo tiempo noticia criminis de un delito de detención ilegal. Sentencia de Sobreseimiento del 22-II-1999, HC 53-99

³²⁹ **Artículo 41** L. Pr.cn “el auto de exhibición personal puede pedirse por escrito presentado directamente a la secretaria de la de lo constitucional de la corte suprema de justicia o a la secretaria de cualquiera de las cámaras de segunda instancia que no residan en la capital, o por carta o por telegrama, por aquel cuya libertad este indebidamente”.

La petición debe expresar si fuere posible la especie de encierro, prisión o restricción que sufre el agravio; el lugar en que lo padece y la persona bajo cuya custodia este solicitándose que se decrete el auto de exhibición personal y jurando que lo expresado es verdad”.

La petición debe expresar; si fuere posible, la especie de encierro, prisión o restricción que sufre el agraviado; el lugar en que lo padece y la persona bajo cuya custodia está; solicitándose que se decrete el auto de exhibición personal y jurando que lo expresado es la verdad.

Detallar minuciosamente el motivo concreto por el que se solicita el Hábeas Corpus puesto que de la exposición fáctica de tales motivos, depende la tipicidad de la detención o restricción de libertad, en definitiva, la fundabilidad del propicio acto de iniciación. Aun cuando entre nosotros no se exige expresar tal motivo en la solicitud, quien desee tener éxito en su pretensión debe tomar en cuenta las anteriores consideraciones.

3.1.2.4.2 Resolución de Admisión

El Artículo 43 Inciso 1º de la L. PR. CN. Dispone que el Tribunal “cometerá el cumplimiento del auto de exhibición a la autoridad o persona que sea de su confianza, del lugar en que se debe cumplirse o seis leguas en contorno y exige como requisitos de dicha persona (Juez Ejecutor³³⁰) saber leer y escribir, tener veintiún años de edad y estar en el ejercicio de los derechos de ciudadanía”.

El auto de exhibición de la persona se contrae a la que se exhiba al Ejecutor, la persona del favorecido, por el Juez, autoridad o particular bajo cuya custodia se encuentre y que se manifieste el proceso o la razón de su reducción a prisión, art. 44 L. PR. CN. “el auto de exhibición se contrae a que el ejecutor haga que se le exhiba la persona del favorecido, por el Juez, autoridad o particular bajo cuya custodia se encuentre y que se manifieste el proceso o la razón por que esta reducida a prisión, encierro o restricción, si no se sabe quién sea la persona cuya libertad está

³³⁰ Sobre la Figura del Juez Ejecutor, es importante señalar algunos aspectos generales: No es necesario que este sea un abogado sino que dicho rol puede recaer en estudiantes de derecho, egresados o graduados de la carrera de Licenciatura Ciencias Jurídicas. El momento procesal en que se nombra al Juez Ejecutor el tribunal sostiene: “Iniciado el proceso de Hábeas Corpus, la Sala de lo Constitucional –o en defecto cualquier Cámara de Segunda Instancia– decreta el respectivo ‘Auto de Exhibición Personal’ y seguidamente procede a nombrar un Juez Ejecutor”. Sentencia de Imprudencia del 16-VIII-2005, HC 24-2005, Considerando IV.

restringida, se expresa en el auto que deba exhibirse la que sea. Si se tiene noticia de la persona que padece, pero se ignora la autoridad o el particular bajo custodia este, se expresa en el auto de cualquiera que sea esta, presenta a la persona a cuyo favor se expide.”

3.1.2.4.3 Actuación del Juez Ejecutor

El Artículo 45 de la Ley de Procedimientos Constitucionales dice: “El Ejecutor, acompañado del Secretario que nombre, intimara³³¹ el auto a la persona o autoridad bajo custodia este favorecido, en el acto mismo de recibirlo si se hallare en el lugar, o dentro de veinticuatro horas si estuviese fuera”.

El responsable deberá exhibir al favorecido y presentar la causa respectiva o manifestar la razón de la detención lo que hará constar el Juez Ejecutor en el acta correspondiente.

Art. 46 L.Pr.cn. “el particular o autoridad bajo cuya custodia o restricción se encuentre el favorecido, deberá exhibirlo inmediatamente al ejecutor, presentando las causas respectiva, o dando la razón porque se le tiene en restricción o detención, si no la hubiere. El Juez Ejecutor hará constar en la notificación del acto lo que aquella conteste, diligencia que será firmada por la misma, si supiere, y por el Ejecutor y Secretario”.

³³¹ Sobre los alcances del acto de intimación efectuado por el Juez Ejecutor el tribunal ha considerado:

“intimar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su primera acepción, implica declarar, notificar, hacer saber una cosa, especialmente con autoridad o fuerza para ser obedecido”; siendo consecuentes con lo anterior, el Juez Ejecutor, al intimar al particular o autoridad a quien se atribuye la ilegalidad de la restricción de la libertad, se encuentra investido por mandato legal, de la autoridad para ser obedecido, sea quien fuere la autoridad o individuo, pues en esta materia no hay fuero ni privilegio alguno, como prescribe el art. 74 de la citada ley. La autoridad intimada, está en la obligación de exhibir al detenido o [manifestar] el proceso o la razón por qué está reducida a prisión, encierro o restricción; entendiéndose por manifestar ‘declarar o dar a conocer; descubrir o poner a la vista; exponer públicamente’ incluso ‘poner en libertad y de manifiesto’, acepción que hace referencia a las Manifestaciones Aragonesas, que constituye –con sus propias peculiaridades– uno de los antecedentes remotos del Hábeas Corpus Iberoamericano. La autoridad intimada está en la obligación de exhibir la persona del favorecido al Ejecutor, presentando la causa respectiva, o dando la razón por qué se le tiene en detención o restricción, si no la hubiere (...). Y el Ejecutor hará constar en la notificación del auto lo que aquella conteste, diligencias que será firmada por la misma; si supiere, y por el Ejecutor y Secretario” Sentencia de Sobreseimiento del 20-I-97, HC 2-W-96, Considerando II.

El capítulo denominado del procedimiento contiene distintas fórmulas para la resolución que el Juez Ejecutor debe proveer a continuación; resolución que, en definitiva se contrae a decretar la libertad del beneficiado o a ordenar que continúe dicha detención.

El Art. 63 L.PR.Cn “la enumeración de los casos de exhibición mencionados en los artículos procedentes no es taxativa; y en cualquier otro caso distinto, en que la libertad individual de una persona es restringida, tal persona tiene el derecho de pedir el auto de exhibición, a ser protegida por el mismo y ser puesta en libertad cuando la expresada restricción sea ilegal.”

Expresa que la enumeración de los casos de exhibición mencionados en los artículos contenidos en tal capítulo no es taxativa³³², lo cual es lógico, ya que la metodología seguida en este cuerpo normativo es impotente para cubrir todos los casos que puedan presentarse en la vida real. Se parte de una realidad en la cual la tramitación del auto de exhibición de la persona pueda encomendarse a un lego en derecho y mediante este sistema se pretende dotarlo de un recetario que le permita salir del paso. Esto es una quimera y la única solución posible es que el Hábeas Corpus se tramite por un profesional en derecho, cuál sería el caso de un Juez de Primera Instancia.

Dentro del quinto día de notificado el auto de exhibición de la persona, el Juez Ejecutor debe cumplir su comisión si por tener que analizar el proceso que se siga contra el favorecido no pudiere hacerlo en

³³² Todo Proceso de Habeas Corpus supone una pretensión, que es su objeto, la cual es el restablecimiento del derecho de libertad física de la persona favorecida; tal configuración de la pretensión acredita que esta Sala, dada su competencia en materia de habeas corpus, conozca de aquellas afectaciones constitucionales que infrinjan directamente el derecho de la libertad del favorecido; es decir que el ámbito de competencia de la Sala d lo Constitucional en el proceso de habeas corpus está circunscrito al conocimiento y decisión de aquellas circunstancias que vulneren normas constitucionales con afectación directa al derecho constitucional de la libertad, encontrándose normativamente a conocer de circunstancias que no tienen trascendencia constitucional, o cuya determinación se encuentra preestablecida en normas de rango inferior a la Constitución, siendo estas últimas las denominadas asuntos de mera legalidad. Improcedencia del 27-II-2003 y HC 223-2002, Considerando II (a) y III.

el acto. Devolverá dicho proceso a la autoridad que conozca de el con certificación de lo que hubiere resuelto. Además de pronunciar resolución, rendirá informe de sus actuaciones al tribunal que le cometi6 el cumplimiento del auto de exhibición, (Art. 66, 69,70 de la L.PR. CN)

Art. 66 L.PR. CN. “si el Ejecutor, en cualquiera de los casos presentados en los Artículos precedentes, encontrare faltas graves en el proceso, al mismo tiempo que resuelva lo procedente sobre lo principal del auto de exhibición, concluirá: y retornarse el auto con informe de las irregularidades notadas en la causa, el tribunal de viste de informe y del proceso, que pedirá si lo juzgare necesario, mandara a subsanar las faltas y lo pondrá en conocimiento de la corte suprema de justicia, la cual deducirá a la autoridad que las sometió la responsabilidad disciplinario o criminal correspondiente.

Art. 69 L.PR.CN. “concluidas sus funciones el Ejecutor devolverá dicho proceso a la autoridad que conozca de él. Con certificación de lo que hubiere resuelto.

Art. 70 L.PR.CN. “todo retorno de un auto de exhibición será acompañado de un informe sucinto y estrictamente arreglando el mérito del proceso o los de los hechos.”

Sobre la figura y actuación del Juez Ejecutor es importante decir este actúa como una parte técnica dentro de la investigación para determinar si la detención ha sido ilegal o no, y el informe que presenta no es vinculante al momento que el Tribunal emite su resolución. Es decir pues que la resolución emitida por el Juez Ejecutor, tiene un fin eminentemente ilustrativo para la Sala de lo Constitucional.

3.1.2.4.4 Resolución Definitiva

La Sala o Cámara deberá resolver dentro de los cinco días recibidas las diligencias, a menos que estimare necesario, pedir el

proceso si lo hubiere, en cuyo caso resolverá dentro de los cinco días de recibido este ³³³. La resolución que emita la Sala puede ser favorable o desfavorable. Y dependiendo de este resultado puede tener efectos diversos. Es decir de que el hecho que una sentencia resultare estimatoria, no significa que el juzgado o tribunal bajo la orden de quien se encuentre el favorecido no podrá poner algún otro tipo de medidas cautelares³³⁴.

Contrario a lo anterior, Si la resolución fuese denegando la libertad del favorecido y hubiese sido pronunciada por una Cámara de Segunda Instancia, el favorecido o quien hubiese solicitado la exhibición, podrá interponer dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la notificación de aquélla, recurso de revisión para ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que lo resolverá con sólo la vista de los autos. Para este efecto, la Cámara retendrá el proceso, si lo hubiere pedido, durante el plazo indicado en este inciso. Si la Cámara denegare la admisión del recurso, el interesado podrá recurrir de hecho, conforme a las reglas generales.

Para finalizar y a manera de recapitulación, sobre el tema constitucional podemos decir que la Constitución es el cuerpo normativo primario en el cual se establecen los parámetros generales que regirán o definirán la estructura político-social de un Estado, y que además sirven como base a las leyes secundarias que se encargaran de regir las relaciones entre particulares y entre estos y el Estado. Entre las distintas

³³³ **Ley d Procedimientos Constitucionales**, Art.71 “ Devuelto el auto de Exhibición por el Juez, Sala o Camara resolverá, dentro de los cinco días siguientes al recibo de aquel, salvo que estimare necesario pedir el proceso si lo hubiere, lo que hará en la siguiente audiencia”

³³⁴ La Sala de lo Constitucional acepta la posibilidad que las autoridades judiciales decreten medidas cautelares aun cuando se dicte una sentencia estimatoria en el habeas corpus: “si bien el presente pronunciamiento es estimativo, el mismo no representa un impedimento o límite para que el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador de manera motivada y respetando el derecho de seguridad jurídica, defensa y presunción de inocencia, pueda decretar en contra del favorecido cualquier tipo de medida cautelar, incluso la detención provisional, siempre y cuando ésta sea procedente para asegurar los resultados del proceso y quede de manifiesto que la misma no obedece a la aplicación automática de la restricción de libertad como una regla general” Sentencia del 14-V- 2003, HC 9-2003, Considerando II

ramificaciones del derecho que derivan en las leyes secundarias se encuentra la del derecho penal, el cual tiene como función regular la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica³³⁵; y siendo el caso que la desaparición forzada en una figura que atenta contra los principios, valores, y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, es que esta ha sido tipificada como delito y por tal razón sometido a la potestad punitiva del Estado regulada a través de la normativa penal.

3.1.3 Código Penal

El código penal, en cierto sentido, busca normar aquellas conductas consideradas como ilícitas y establece sus correspondientes sanciones, inclusive haciendo uso del *ius puniendi*, es decir, la facultad sancionadora del Estado, de esta manera, el Estado mismo a través del legislador, busca evitar la aplicación de penas arbitrarias, ya que por el precepto de legalidad sólo puede ser sancionada penalmente una conducta cuando ésta se consigna expresamente en el mismo código penal y con la sanción que el mismo establece.

3.1.3.1 Evolución de la Desaparición Forzada en la Legislación Penal Salvadoreña

La figura de la desaparición forzada se introduce en el Código Penal salvadoreño hasta el año de 1998, y está tipificada entre los delitos contra la humanidad³³⁶. En este punto es importante señalar, que el

³³⁵ **CURY URZÚA, Enrique**, Derecho penal: parte general, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Segunda Edición, 1982. Este autor hace énfasis en la necesidad de que toda norma con la cual se pretenda sancionar o penalizar un hecho, debe imperar los principios jurídicos procesales que garanticen justicia tanto a la víctima como al imputado.

³³⁶ Anterior a que se incorporara esta figura, algunos hechos que cumplían con ciertas características del delito de desaparición forzada, eran juzgados bajo la figura de Privación de

hecho de que anteriormente esta figura no hubiese sido incorporada como hecho punible en nuestro cuerpo normativo penal, no significa que en el medio social anterior al código penal de 1998, no existieran acciones que ameritasen ser clasificadas como desapariciones forzadas, así por ejemplo la sustracción de los niños de sus hogares por parte de efectivos del ejército, sin rendir información de su paradero. La omisión y posterior incorporación de la figura de la desaparición forzada en el Código Penal, responden a intereses sociopolíticos, y así lo ha evidenciado nuestra historia nacional.

Durante la guerra, el Estado Salvadoreño negó sistemáticamente la perpetración de éste y otros crímenes, así como la responsabilidad de sus agentes en la ejecución³³⁷. Después de la firma de los Acuerdos de Paz, en el marco de las investigaciones de la Comisión de la Verdad, familiares de niñas y niños desaparecidos denunciaron los innumerables crímenes cometidos durante el conflicto armado, entre ellos la desaparición de niños y niñas. No obstante, que en el informe de la Comisión de la Verdad, se documentaron (denunciaron) más de 5 mil casos de personas desaparecidas, las organizaciones de derechos humanos la cifra sobrepasa los 9 mil³³⁸.

Libertad por Funcionario o Empleado Público, Agente de autoridad o autoridad Pública, regulado en el art. 290, del Código Penal

³³⁷ La negación de la responsabilidad del Estado en torno al cometimiento de hechos constitutivos de violaciones humanas es algo que aun en nuestros se sigue dando, y lastimosamente aún no ha abandonado el pensamiento de algunos que alguna vez fueron mandatarios de nuestro país, así lo demuestran las declaraciones vertidas por el Ex- Presidente de la República Dr. Armando Calderón Sol. En la conmemoración de 18 aniversario de la Firma de los acuerdos de Paz, cuando el actual Presidente pidió perdón en nombre del Estado por el cometimiento de dichos delitos. “El perdón público no lo debe dar el Estado porque no cometió esa tragedia. Fueron los actores, la guerrilla y algunos miembros de la institución armada, quienes cometieron abusos”. Véase: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/politica/86473->

³³⁸ **Asociación Pro-Búsqueda de Niños y niñas Desaparecidos**, según esta asociación “La desaparición forzada de personas antes y durante de la guerra en El Salvador, constituyó una práctica sistemática de violaciones a derechos humanos, ejecutada y tolerada por el Estado (militares, paramilitares y otros funcionarios). Este fenómeno era parte de la estrategia militar de tierra arrasada, que impulsaba operativos militares cuyo fin era desarticular y destruir poblaciones que se consideraban, base social de la guerrilla”. Véase: <http://probusqueda.org.sv/quienes-somos/resena-historica/la-desaparicion-forzada-de-ninos-y-ninas-en-el-salvador-durante-el-conflicto-armado/>

Posteriormente a la firma de los acuerdo de paz, y como parte de estos se realizaron una serie de modificaciones al ordenamiento judicial, entre estos se da la creación y entrada en vigencia del código penal de 1998³³⁹, en el cual como ya mencionamos, se tipifica por primera vez el delito de desaparición forzada, que desde la perspectiva de los defensores de los derechos humanos, las penas con las cuales era sancionado dicho delito no era proporcional a los graves perjuicios que este acarrea a las personas que resultaban ser víctimas de tal delito, es por ello que el 19 de enero del año 2011, la Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños³⁴⁰, presento ante la Asamblea Legislativa una pieza de correspondencia en la cual solicitaba que se reformara el periodo de cárcel que deberán de cumplir quienes perpetuaran el mencionado ilícito³⁴¹. La aprobación de estas reformas es fundamental, pues mientras no sucedan se el Estado seguirá mandando un mensaje de benevolencia a los agresores del derecho a la libertad personal.

3.1.3.2 El Delito de Desaparición Forzada en el Código Penal

Previo al análisis jurídico del tipo penal de la desaparición forzada en nuestro Código Penal, comenzaremos con un breve análisis de los términos utilizados en nuestra legislación para referirse a dichos delitos, ya que hay que resaltar que estos no son clasificados como delitos comunes, sino que poseen una calidad especial. Y así lo demuestra el acápite del título XIX, el cual se denomina “Delitos contra la Humanidad”. Iniciaremos entonces haciendo referencia a este término. Algunos autores

³³⁹ VAQUERANO GUTIÉRREZ, Nelson Armando, y otro, Persecución Penal de Crímenes Internacionales en América Latina y España, “El Salvador”, FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER-STIFTUNGE. V., 1ª Edición, Montevideo, Uruguay, 2003. Pág. 365. Se refiere a la modificaciones del ordenamiento jurídico de la siguiente forma: “*Si bien en 1998 se introdujo una reforma integral a la legislación penal (Código Penal, Procesal Penal y Ley Penitenciaria), la reforma no fue motivada por el deseo de adecuar la ley salvadoreña a la internacional, sino por la imperante necesidad de reformar el sistema de administración de justicia, aspecto que había sido destacado en los acuerdos de paz de 1992*” (...) Véase: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2230/13.pdf>

³⁴⁰ La Asociación Pro- Búsqueda es una asociación que se crea en 1994, y que tiene como finalidad colaborar en la búsqueda de la niñez desaparecida.

³⁴¹ Los artículos 364 al 366 del Código Penal tipifican la desaparición forzada, y establecen una pena de entre cuatro a ocho años de cárcel, de entrar en vigor la reforma presentada por Pro-Búsqueda, ésta se extendería de 15 a 25 años de prisión.

no hacen diferenciación entre los delitos de trascendencia internacional, delitos de lesa humanidad y delitos contra la humanidad, utilizan los términos como sinónimos, por lo cual, haremos una delimitación de cada concepto, y con ello proveer una mejor comprensión de lo que es la figura de la desaparición forzada.

3.1.3.3 Delitos de Trascendencia Internacional o Crimen Internacional

El reconocimiento, por parte de la comunidad internacional, de determinados valores e intereses comunes que han de ser prioritariamente protegidos para garantizar la dignidad del ser humano, así como la seguridad y la paz internacionales, derivaron en el establecimiento de reglas de derecho internacional que proscriben determinadas conductas, que se conocen como “crímenes de derecho internacional”, “crímenes bajo derecho internacional” o “crímenes internacionales”. A continuación se presentan algunas definiciones del referido concepto.

- La ONG Amnistía Internacional define los delitos Internacionales o de Trascendencia Internacional como “aquellos hechos delictivos que lesionan a la comunidad internacional, para los que el derecho internacional no impone directamente una responsabilidad penal, pero obliga a los Estados a penalizar dichas conductas”.³⁴²
- Según los denominados “Principios de Nüremberg”³⁴³ los delitos de trascendencia internacional o crímenes internacionales, deben

³⁴² Definición tomada del Glosario de Términos Jurídicos de la Organización Amnistía Internacional. Véase: <http://www.es.amnesty.org/campanas/justicia-internacional/modificacion-de-la-jurisdccion-universal-en-espana/glosario-de-terminos-juridicos-mas-usados/>

³⁴³ El 8 de agosto de 1945, los gobiernos de Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética, suscribieron el Acuerdo de Londres, mediante el cual se creó el Tribunal Militar Internacional, conocido por el nombre de la ciudad alemana en que sesionó y dictó su sentencia como tribunal de Nüremberg. Dicho tribunal tuvo como objeto juzgar y sancionar a los principales criminales de guerra.

Este proceso, para algunos autores, marcó la apertura de una nueva época, respecto al "nuevo" derecho internacional humanitario. El tribunal de Nüremberg significó un importante avance en la historia de los

entenderse como las violaciones a gran escala de una obligación internacional de importancia para la salvaguardia del ser humano, como las que proscriban la esclavitud, el genocidio o el *apartheid*³⁴⁴.

- Otra definición es la aportada por el profesor M. Cherif Bassiouni, quien ha definido estos crímenes como “el aspecto penal del derecho internacional consistente en un cuerpo de prohibiciones, que contienen características penales que evidencian la criminalización de ciertas conductas, independientemente de las modalidades o mecanismos de aplicación³⁴⁵”.

De las anteriores definiciones podemos concluir que al clasificar ciertos actos que resultan atentatorios a la seguridad jurídica de la persona, como Delitos Internacionales, se constituyen medios jurídicos a través de los cuales la comunidad internacional busca proteger esos valores considerados como esenciales para la existencia humana. Dentro de esta clasificación de delitos se encuentran los delitos de genocidio, los crímenes de guerra, y por supuesto los delitos lesa humanidad, o delitos contra la humanidad, los cuales son la categoría que nos ocupa pues es dentro de este tipo de delitos que se encuentra clasificada la desaparición forzada.

derechos humanos, pues, "abrió paso a la idea de que hay derechos universales del hombre que ningún gobierno puede pisar libremente, sea en tiempos de guerra o de paz, sea en contra de sus propios ciudadanos o los de otra nación.

Del mismo modo, el tribunal de Nüremberg definió claramente los crímenes contra la humanidad, puso en relación este concepto con el de derechos humanos y creo las condiciones en el derecho penal para que los criminales de derechos humanos pudiesen ser juzgados sobre un fundamento jurídico preciso.

Este tribunal, evidenció, de un lado, los precedentes para el desarrollo del derecho internacional humanitario, condicionado a "las normas sobre las que se constituyó el Tribunal, y a la definición de los crímenes que se declararon dentro de su jurisdicción". Estas normas fueron denominadas por la ONU como los Principios de Nüremberg.

³⁴⁴ **DÍAZ MÜLLER, Luis Teodoro**, "El Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos en el siglo XXI", en Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho internacional y otros temas. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F, 1ª Edición, 2005. Pág. 132. Véase, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1628>

³⁴⁵ **BASSIOUNI, M. Cherif**, en Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana, sobre crímenes de Derecho Internacional, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington D.C, Estados Unidos de Norte América, 2009. Pág. 1.

3.1.3.4 Delitos de Lesa Humanidad o Delitos Contra la Humanidad

Existen algunos autores que consideran que los delitos contra la humanidad y los delitos de lesa humanidad son categorías distintas, y que los últimos están comprendidos dentro de los primeros. Pero en la generalidad estos términos son utilizados como sinónimos, y así los entenderemos en nuestra investigación.

La conceptualización de delitos de lesa humanidad, aparece por primera vez definidos en el ámbito internacional después de la Segunda Guerra mundial. Es a partir de las masacres acontecidas a mediados del siglo XX³⁴⁶, hubo un movimiento de concienciación en la comunidad internacional, para la protección de los Derechos Humanos, como requisito imprescindible para el mantenimiento de la paz y la seguridad mundial, cuyo protagonismo se centra en las Naciones Unidas, en cuya sede se gestó, entre otros, el Convenio contra el Genocidio de 1948, y se creó la Comisión de Derecho Internacional, de las Naciones Unidas, encargada de la codificación de tal Derecho³⁴⁷.

Los crímenes de lesa humanidad están intrínsecamente relacionados con el derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de tener sus raíces en el derecho internacional humanitario. Tal como lo resalta la jurisprudencia latinoamericana, en concordancia con las decisiones internacionales, los crímenes de lesa humanidad se dirigen directamente a la protección de derechos fundamentales como la vida, la

³⁴⁶ Es importante aclarar que es en esta época en donde por primera vez se formaliza el concepto de delitos de lesa humanidad pues el primer instrumento en el que se hizo referencia a ellos, aunque no explícita, fue la Convención sobre los usos y las leyes de la guerra terrestre, firmada en La Haya en 1907, concretamente en su cláusula Martens. Ésta dispone que: “En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes hacen constar que, en los casos no comprendidos en las Convenciones, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

³⁴⁷ **GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz.** “Los Crímenes de Lesa Humanidad: Una nueva modalidad en el Código Penal de 1995, en La Respuesta del Derecho Penal ante los Nuevos Retos, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rey Juan Carlos. Nº 51, Madrid, España 2005. Pág. 34.

libertad, la integridad física y la libertad psico-sexual, entre otros. Las mismas decisiones establecen, como otras características de estos crímenes, la gravedad del daño sufrido, así como las atroces consecuencias para las víctimas, sus familiares y la sociedad. Asimismo, las cortes latinoamericanas enfáticamente han resaltado que los crímenes de lesa humanidad deben ser extensos en naturaleza, es decir, deben ser cometidos de manera sistemática o generalizada. Este es, precisamente, el elemento contextual que distingue un crimen de lesa humanidad de las violaciones de los derechos humanos³⁴⁸.

En cuanto a la definición de delitos de lesa humanidad la doctrina se ha unificado y encontrado consenso y los define como los atentados contra los bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto. A partir de esta definición, se podría concluir que el delito de lesa humanidad se erige sobre la base de dos elementos: a) la sistematicidad o generalidad con la que se realizan los actos; y, b) la tolerancia, participación o aquiescencia del poder público³⁴⁹. Así, atendiendo a estas características es que se clasifica a la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad, y por ende es necesario que se cuente con una normativa especial para procesar y sancionar a quienes cometan tan repudiable crimen. En El Salvador, con la firma de los acuerdos de paz, se introdujo este delito a nuestro cuerpo normativo y se encuentra tipificado en los artículos 364,365 y 366 del Código Penal, que prescriben lo siguiente:

Artículo 364: Desaparición Forzada de Personas

³⁴⁸ **DIGESTO DE JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA, SOBRE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL**, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington D.C, Estados Unidos de Norte América, 2009. Pág.28

³⁴⁹ **CANO LÓPEZ, Miluska**, El delito de desaparición forzada de Personas: El Régimen de Protección de los Derecho Humanos Frente a los Delitos de Lesa Humanidad. Pág. 3. Véase: http://www.teleley.com/articulos/art_140708-2.pdf

“El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que detuviere legal o ilegalmente a una persona y no diere razones sobre su paradero, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta del cargo o empleo respectivo por el mismo término.”

Artículo 365: Desaparición Forzada Cometida por Particular

“El que realizare la conducta descrita en el artículo anterior, habiendo recibido órdenes o instrucciones de funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, será sancionado con prisión de tres a seis años y multa de ciento ochenta a doscientos días multa.”

Artículo 366: Desaparición De Personas Permitida Culposamente

“El que por culpa permitiere que otro cometa el delito de desaparición forzada de personas, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión, multa de cien a ciento ochenta días multa. Si fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública se le impondrá además, inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual término.”

Para la tipificación del delito de de desaparición forzada en el ordenamiento penal salvadoreño, tomo como base lo establecido por la Declaración Interamericana de Derechos Humanos y el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos al cual esta adscrito, el cual exige a los Estados miembros que integren tanto en sus Constituciones como en la legislación secundaria mecanismos jurídicos que garanticen y protejan el libre ejercicio de los derechos fundamentales³⁵⁰.

³⁵⁰ **MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis**, “La Desaparición Forzada de personas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Desaparición Forzada de Personas “Análisis Comparado e Internacional”. Editorial TEMIS, Bogota, Colombia. Pág. 181. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha aborda lo relativo a las fuentes aplicables para determinar la

Dentro de los mecanismos mencionados anteriormente, se encuentra la penalización especial de ciertas conductas que por sus efectos se consideran gravemente nocivas a la dignidad del ser humano, dentro de estas conductas esta clasificada la desaparición forzada, la cual como ya hemos explicado anteriormente es que la que afecta la libertad individual de la persona, pero hay que aclarar que no toda acción que restringe la libertad puede ser considerada como un delito común, o mas aun como un delito de lesa humanidad. Es decir que para que una detención ilegal o arbitraria sea tipificada como desaparición forzada se deben de reunir algunos elementos especiales a saber³⁵¹:

- *Bien jurídico protegido:* Reiteradamente se ha sostenido que la desaparición forzada de personas es un delito “pluriofensivo”, es decir que constituye una violación a múltiples derechos, según reiteradas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la desaparición forzada de personas implicaría la combinación de un aspecto lesivo, referido a la libertad personal, y un peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida. Es importante subrayar este último aspecto, ya que no sería necesaria la lesión de la vida, es decir, la muerte del detenido, para que se configurara este delito³⁵².

El bien jurídico afectado por la desaparición forzada es múltiple, y puede diferenciarse en tres aspectos, a saber: En el individual se afecta

responsabilidad internacional del Estado en el caso de desaparición forzada de personas, cuestión importante para la tipificación del delito en la legislación interna de los Estados parte. También pone de relieve la obligación del Estado parte del sistema interamericano de protección de DDHH de tipificar este delito en su derecho interno conforme a unos estándares internacionales”.

³⁵¹ *Ibíd.* Pág. 190. “La determinación del interés protegido en la desaparición forzada de personas es de suma importancia, especialmente porque ayuda a establecer el alcance de la conducta requerida para la configuración de este delito y el momento de su consumación”.

³⁵² La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas prevé la posibilidad de que los Estados parte puedan establecer atenuantes de pena si los responsables contribuyen “a la aparición con vida de la víctima” (art. III, párr. 2º). Se confirma entonces que el injusto penal de la desaparición forzada de personas se mantiene aun en el caso de que posteriormente aparezca con vida la víctima. Para la consumación de este delito no es necesaria la muerte de la persona, aunque sí, nos parece, su puesta en peligro.

en primer término el ámbito físico psíquico de la víctima y en segundo término su seguridad en sentido general, incluso su seguridad jurídica y su derecho a ejercer los recursos necesarios para hacer reconocer y defender, precisamente, sus derechos. En el familiar se afecta el derecho de los allegados a conocer de la situación, actuar jurídicamente en defensa de los derechos de la persona detenida o desaparecida y, en su caso conocer el destino corrido por ella y recuperar sus restos mortales. En este segundo aspecto, por tanto, no se trataría de la víctima material sino de un sujeto pasivo que llamaremos víctima afectiva. El tercer y último aspecto de afectación es el colectivo, en el cual es la sociedad en su conjunto la que se ve afectada por el debilitamiento institucional que causa la obstrucción de los mecanismos de administración de justicia y por la imposibilidad de reconstrucción de la verdad histórico – social. Se trata así de la sociedad como sujeto pasivo del delito

En base a lo anterior se establece entonces que en la desaparición forzada no se viola únicamente un derecho, si no que a una gama de derechos y garantías fundamentales, la cuales son: la libertad personal (privación arbitraria de la libertad) la integridad personal; la seguridad personal y jurídica; y posiblemente la propia vida del detenido.

- *Conducta Típica:* Se establece como conducta típica del delito de desaparición forzada, la detención ilegal o arbitraria de la persona. Cabe resaltar que la fórmula contenida en la Convención Interamericana señala como elemento básico la privación de libertad, *cualquiera que fuere su forma*. Es decir, no resulta relevante la forma en que se hubiese producido: lícita o ilícita, violenta o pacífica, esto se ha entendido a pues cabe el caso que una privación de libertad legítima se convierta posteriormente en una privación ilegal.³⁵³ Pero cabe señalar que según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo

³⁵³ Como se observa no puede existir este delito sin una privación ilegítima de libertad previa o concurrente.

cuando la ilegalidad de la detención comienza es cuando estrictamente podrá hablarse, si concurren el resto de los elementos, de una desaparición forzada de personas.

Con lo anterior queda la duda de cómo podrá determinarse que ha existido o no una privación ilegal de libertad, algunos autores dictaminan que el Estatuto Penal de Roma, aporta un elemento fundamental que caracteriza a esta conducta, y es la negativa a brindar información sobre el estado y paradero de la persona que ha sido detenida³⁵⁴. Así que se debe entender que esta acción también constituye una característica fundamental para determinar la conducta típica del delito de lesa humanidad.³⁵⁵ La conducta típica, según la doctrina se divide en Tipicidad Objetiva y Tipicidad Subjetiva, desarrolladas de la siguiente forma:

- *Tipicidad Objetiva*: La acción consiste en privar al sujeto pasivo de la libertad, ocultándolo posteriormente para sustraerlo del amparo de la ley. El delito entonces se perfeccionará con la privación de la libertad, seguida del ocultamiento, que debe ser "forzado", lo que significa, que no medie voluntad de la víctima. Se recalca que la privación de la libertad es tan solo un medio material, para que pueda verificarse el tipo, porque este vendrá a perfeccionarse cuando se configure el ocultamiento.

El ocultamiento implica la sustracción de la persona de su mundo normal; que se ignore su suerte, su paradero, etc. Para que ese ocultamiento se haga efectivo serán necesarias cualquiera de estas dos conductas:

³⁵⁴ **ESTATUTO DE ROMA**, Artículo 7(2)(i). "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 informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado."

³⁵⁵ Este elemento debe estar presente en la tipificación del delito, porque ello permite distinguirlo de otros con los que usualmente se le relaciona, como por ejemplo el secuestro, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de este delito a todos aquellos implicados en el mismo

a) Que se niegue la captura: Es decir que los sujetos que tienen privada de la libertad a la víctima no reconozcan el hecho.

b) Que se omita dar información: No necesariamente tiene que existir negación del hecho. Puede simplemente omitirse informar sobre la captura, guardar silencio acerca de la misma o del paradero de la víctima

La privación de la libertad puede ser en principio legal y luego surgir dolo en la acción del agente (suponiendo que el sujeto activo sea un funcionario público), es decir que el dolo puede ser sobreviniente. De la misma manera, la conducta puede ser ilegítima desde el principio, al no mediar ninguna orden escrita emitida por una autoridad competente.

El delito analizado es de ejecución permanente; sigue consumándose mientras que la víctima se encuentre privada de la libertad y oculta, aunque la captura se prolongue por largo tiempo. Es un tipo de resultado, es decir que se perfecciona cuando se produce el ocultamiento, en cualquiera de las dos formas mencionadas anteriormente, por lo cual se admite la tentativa³⁵⁶.

- *Tipicidad subjetiva*: En la figura bajo análisis, la tipicidad subjetiva, está determinada por el dolo, entendido como conciencia y voluntad de querer realizar la conducta descrita en el Art. 364 del Código Penal. Esta conducta implica un dolo complejo: La intención de privar de la libertad, pero esta acción es tan solo el medio para obtener el resultado querido por el agente, cual es el ocultamiento, con el fin de reprimir a un sujeto que se opone a los diversos propósitos del Estado o del grupo.

³⁵⁶ Para determinar la tipicidad objetiva deben ser tomadas en cuenta cuatro momentos especiales que la describen, siendo éstos: 1) Se debe someter a una persona a la privación de su libertad, de manera legal o ilegal; 2) Se sigue el ocultamiento de la víctima, que implica que la persona no se encuentre en centros de detención públicos y no se conozca su paradero; 3) Una vez oculta la persona, el agente niega tenerla en su poder, o se abstiene de dar información de su paradero; 4) La negación de la captura se concreta en la sustracción del amparo legal, lo que implica la imposibilidad de ejercer recursos como el mecanismo de búsqueda urgente o el habeas corpus.

- *Sujeto Activo:* El sujeto activo de este tipo penal solo pudiera ser un funcionario público que actuara en ejercicio de sus funciones, es decir, un funcionario u órgano del Estado. Así lo establecen los artículos 364 y 365 al referirse a que la desaparición forzada debe ser efectuada por agentes del Estado, o personas que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado. Por tanto, según lo anterior, el sujeto activo de este delito nunca podría ser un miembro de una organización sublevada contra el Estado, esto es, grupos guerrilleros que buscan derrocar al Gobierno³⁵⁷.

- *Sujeto Pasivo:* Respecto al Sujeto Pasivo de la Desaparición Forzada de personas, la norma lo restringe a la víctima, sin comprender ni a su entorno familiar, ni social, desconociendo que el titular del bien jurídico protegido contra este tipo de delito no sólo es la víctima sino la Sociedad. Desde esta perspectiva, el Sujeto Pasivo de este delito sería macro social todos y cada uno de los miembros de la sociedad, siendo el "desaparecido" el sujeto sobre el que recae la acción típica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido a los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas su calidad de víctimas por violación de su derecho a la integridad psíquica y moral.

"Esta Corte ha señalado, en reiteradas oportunidades, que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En esta línea, la Corte ha considerado

³⁵⁷ En algunos instrumentos Internacionales que regulan directamente el delito de desaparición forzada señalan como único sujeto activo del delito al Estado, por ejemplo La Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas, delimita como único sujeto activo al Estado, a través de sus funcionarios, o agentes: Artículo 2: 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". Contrario sensu, el Estatuto de Roma ha ampliado el catalogo y ha señalado que también pueden ser considerados como sujetos activos los pertenecientes a una organización política, es decir que no necesariamente deben de ser funcionarios públicos, o algún otro agente estatal: Artículo 7, N° 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"

violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento adicional que estos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos".

En un primer momento, la Corte reconoció su derecho a conocer el destino de sus familiares desaparecidos; de este modo, en el caso Durand Ugarte, señaló que "subsiste el derecho de los familiares de las víctimas a conocer el destino de éstas y, en su caso, el paradero de sus restos. Corresponde al Estado, por tanto, satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance". Posteriormente, en el caso Castillo Paéz, la Corte reconoció expresamente su calidad de víctimas y señaló, "4. Que el Estado del Perú violó, en perjuicio de Ernesto Rafael Castillo Páez y sus familiares, el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes establecido en el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma". Finalmente en el caso Gómez Palomino, reconoció su calidad de víctimas de violación del derecho a la integridad, a las garantías judiciales y a la protección judicial, en este sentido señaló:

"... este Tribunal considera como parte lesionada al señor Santiago Gómez Palomino, por las violaciones a sus derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7, 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, cometidas en su perjuicio. Asimismo, las señoras Victoria Margarita Palomino Buitrón, Esmila Liliana Conislla Cárdenas, María Dolores Gómez Palomino, Luzmila Sotelo Palomino, Emiliano, Mercedes, Mónica, Rosa y Margarita, todas Palomino Buitrón, y la niña Ana María Gómez son víctimas de la violación de los derechos consagrados en los artículos 5, 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Todas ellas deben considerarse comprendidas dentro de la categoría de parte lesionada y son acreedoras

de las reparaciones que fije la Corte, tanto en relación con el daño material como con el daño inmaterial, cuando correspondan unos y otros."

- *Conducta Antijurídica:* Según la teoría, el considerar al Estado como único sujeto activo del delito en mención se desprende de la conducta típica señalada, es decir de la detención ilegal y del deber de informar. Entonces, se *"presupone que la persona que lleva a cabo la privación de libertad tiene un deber jurídico especial de informar sobre el paradero del detenido y permitirle a este el controlar su detención. Se trata entonces de un delito de infracción de deber, en el sentido tradicional del término, ya que el autor tiene un deber extrapenal con respecto al sujeto privado de libertad. Dicho deber restringe el ámbito de la autoría a las personas que están obligadas a cumplirlo"*³⁵⁸.

- *Culpabilidad o Responsabilidad:* Como anteriormente se mencionaba, en este delito no se puede alegar que no ha habido dolo, pues es entendido que la persona que comete el delito lo hace por voluntad propia o por una orden, y por ello hay conocimiento e intención de realizar el delito. Es decir, no se admiten circunstancias eximentes de responsabilidad por obediencia debida, no puede ser una circunstancia eximente de responsabilidad el cumplimiento de una orden emitida por un superior jerárquico. La persona que reciba tales órdenes estará en la obligación y tendrá el derecho de no ejecutarlas.

- *Imputabilidad Objetiva:* Si bien es cierto según la teoría de la imputación objetiva, se busca determinar elementos facticos bajo los cuales se determine la responsabilidad de los individuos, según la jurisprudencia penal internacional la intervención criminal fue entendida tradicionalmente como toda clase de ayuda fáctica o jurídica o

³⁵⁸ **CLAUS ROXIN**, *Autoría y dominio del hecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, Págs. 385

favorecimiento a la comisión del hecho, considerándose, al respecto, a las aportaciones individuales al hecho como independientes entre sí y de un mismo valor. No ha tenido lugar una diferenciación entre autoría y participación sino que, más bien, se ha seguido al menos fácticamente el modelo unitario de autor. Entonces en el delito de desaparición forzada, los elementos que determinaran la imputación objetiva del tipo, serán el incumplimiento en el papel de garante de derechos que posee el Estado de El Salvador, al momento en que los funcionarios públicos o agentes estatales, restringen la libertad personal del individuo y no brindan la información necesaria para ubicar el paradero de la persona detenida o desaparecida.

Para finalizar el análisis del tipo penal de la desaparición forzada, es necesario hacer una diferencia muy importante, el delito de desaparición forzada con el delito de secuestro, pues aun que tienen elemento similares como lo es la restricción de la libertad personal, La desaparición forzada se distingue del secuestro en que, si bien ambas suponen la privación de libertad física, en éste no se necesita la negación de la detención o de dar cuenta del paradero de la persona, elemento determinante en la desaparición. Además, el hecho de producirse la muerte o la tortura en la persona del desaparecido, viene a ser una concurrencia real de uno o más delitos, con autonomía respecto al tipo de la desaparición forzada. Ello no impide considerar, *per se*, a la desaparición forzada como una forma de tortura, trato cruel, inhumano o degradante, puesto que, tanto en el detenido como en sus familiares, la incertidumbre sobre su situación o su futuro inmediato genera altos niveles de angustia. En los casos de secuestro, la liberación de la víctima o su asesinato no significa negar el hecho del secuestro³⁵⁹.

³⁵⁹ Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, Informe Final 2002, “Desaparición Forzada por Agentes del Estado”.

3.1.4 Código Procesal Penal

En lo que al respecta al aspecto procesal, nuestro Código Procesal Penal no establece un proceso especial para el juzgamiento de la desaparición forzada y otros de delitos considerados de lesa humanidad. Sino que se entiende que se ha de apegar a las normas señaladas para el proceso común. Aun que es importante señalar que en la historia jurídico penal, no se ha realizado ningún proceso penal por el delito de desaparición forzada, pues las denuncias que han sido interpuestas ante la Fiscalía General de la República, no han recibido los resultados esperados. No obstante esto, existen además de los procesos penales, los procesos constitucionales³⁶⁰, que como se observara posteriormente han permitido que algunos de estos casos sean judicializados. Sin embargo, aunque internamente no se cuente con parámetros procesales establecidos para el juzgamiento del delito ya mencionado, es importante señalar que en alguna jurisprudencia internacional se establecen algunos aspectos que son determinantes para tal efecto.

La dificultad probatoria es uno de los problemas centrales al momento de juzgar el delito de desaparición forzada. En general, lo único o último sobre lo que hay conocimiento cierto es el momento en que la persona es privada de libertad, en caso de que haya habido testigos de tal acto, por lo que toda circunstancia posterior queda precisamente en la incertidumbre y por tanto falta de prueba. Sin embargo, existen elementos indiciarios que se reiteran en la gran mayoría de estos casos, y que deben ser especialmente considerados al momento de resolver procesos en los que se ha reunido escaso material probatorio³⁶¹, Ejemplo de los

³⁶⁰ Las desapariciones Forzadas cometidas en la época del conflicto armado, no pueden ser juzgadas bajo la figura del tipo penal de desaparición forzada que regula nuestro Código Penal, pues se toma como base el principio de irretroactividad de la norma, y es por ello que los casos que se han judicializado en nuestro país se han hecho mediante la figura del habeas corpus, que como se estudiara posteriormente, es el proceso que sirve como garantía al derecho de libertad personal, cuando este se vea violentado por una detención arbitraria o ilegal.

³⁶¹ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Velásquez Rodríguez Vs. El Estado de Honduras**, Párrafo: 130 “La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede

indicios con gran fuerza probatoria son, los testimonios de quienes han “aparecido” y las pruebas físicas y psíquicas de los tratos recibidos, las huellas de los centros de detención descubiertos con posterioridad, el patrón seguido en muchos casos en cuanto al perfil de los “desaparecidos”, y los testimonios de los que formaron parte de alguna manera de la estructura estatal o de las agrupaciones que cometieron estos crímenes.

El otro punto relevante en relación al aspecto probatorio, es que la carga de la prueba se ve invertida, es decir que es en el Estado en quien recae la carga de la prueba, y se presumen ciertos los hechos expuestos en la demanda, esto es así pues se considera que a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado.³⁶² Es decir, entonces que el Estado es el que debe de probar que la conducta que se le imputa a sus agentes o funcionarios, no es constitutiva de delito que han actuado amparados en la ley, o bien debe de probar que no ha existido participación de sus agentes o funcionarios en el hecho constitutivo de delito.

legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”; y Párrafo 131 “La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas”. Véase: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc

³⁶²**Ibíd.**, **Caso Gómez Palomino Vs. Perú**. Párrafo 106: “Este Tribunal hace presente que lo que caracteriza a la desaparición forzada es su naturaleza clandestina, lo que exige que el Estado, en cumplimiento de buena fe de sus obligaciones internacionales, proporcione la información necesaria, pues es él quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. Por lo tanto, cualquier intento de poner la carga de la prueba en las víctimas o sus familiares se aparta de la obligación del Estado señalada en el artículo 2 de la Convención Americana y en los artículos I b) y II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada”. Véase: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf

3.2 Análisis Jurídico de Criterios Jurisprudenciales Sobre la Desaparición Forzada

Para realizar el análisis de los criterios jurisprudenciales relacionados a la desaparición forzada, tomaremos como parámetro el “Caso de las Hermanas Serrano Cruz”, pues este se considera un caso emblemático en materia de desaparición forzada, esto es así porque gracias a la perseverancia de la Organización Pro-Búsqueda, logro sortear las diferentes trabas de nuestro sistema judicial interno y llegó a ser de conocimiento de tribunales internacionales, lográndose en estos una condena al Estado.

3.2.1 Caso Serrano Cruz Vs. El Estado de El Salvador

El caso de las hermanitas Serrano Cruz contra el Estado de El Salvador, inicia el 16 de febrero de 1999, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recibió una denuncia presentada por la Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional - CEJIL, en la cual señalaban que existía responsabilidad internacional por parte del Estado de El Salvador por la desaparición forzada de las niñas Ernestina Serrano Cruz y su hermana Erlinda Serrano Cruz y por la posterior falta de investigación y reparación de tales hechos. En la denuncia alegaban que los hechos denunciados configuraban la violación de varios derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos : *derecho a la vida (artículo 4); a la integridad personal (artículo 5); a la libertad personal (artículo 7); a las garantías judiciales (artículo 8); a la protección de la familia (artículo 17); al nombre (artículo 18); derechos del niño (artículo 19); y derecho a la protección judicial, todo ello en violación del deber general de respetar y garantizar los derechos (artículo 1 n° 1)*³⁶³

³⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Hermanas Serrano Cruz**, Sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Considerando I (2). Estos son los derechos que según la demanda de la comisión de derechos humanos fueron violentados a las

Posteriormente, el 14 de junio de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que esta resolviera si el Estado de El Salvador era responsable de los hechos que le acusaban los peticionarios en la denuncia presentada ante la Comisión.

Así en el año 2005, después de una serie de excepciones presentadas por el Estado, la Corte Interamericana dictó la primera condena internacional contra El Salvador por violación a los derechos humanos, en la resolución se obligaba al Estado a cumplir medidas de reparación, entre las cuales podemos señalar una indemnización por daños materiales e inmateriales a la familia de las víctimas, además un acto público de desagravio a las víctimas, en presencia de altas autoridades y miembros de la familia Serrano Cruz, y la creación de un banco de ADN, que permita en un futuro la localización y reunificación de otras víctimas de desaparición forzada.

3.2.2 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador³⁶⁴ en el Caso Serrano Cruz

*El hábeas corpus es un medio para obtener la libertad de una persona detenida en contra de la ley; pero no es un medio para investigar el paradero de una persona detenida ilegalmente hace trece años. Habeas Corpus, significa "tener el cuerpo", "he aquí el cuerpo" (...)*³⁶⁵

hermanas serrano cruz, y es sobre los cuales resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁶⁴ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:** San Salvador, a las ocho horas cincuenta y cinco minutos del día catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis. Referencia: 22-S-95. Tomamos este párrafo de la resolución emitida por la Sala, pues consideramos que es en el en el cual se puede observar la displicencia con la cual fue tratado el caso Serrano Cruz en las instancias salvadoreñas, y fueron estas acciones las que dieron pie para que dicho caso pudiera ser presentado ante tribunales internacionales.

³⁶⁵ **BOREA ODRÍA, Alberto Alfonso.** Evolución de Las Garantías Constitucionales. "Hábeas Corpus y Amparo". Edición 2ª, Lima, Perú 1996. "La acción de garantía no tiene un fin punitivo contra quien causó un daño inconstitucional, para ello se dan otro tipo de acciones que deben de ser buscadas el Código Penal o en las leyes punitivas, más no en las acciones de garantía las cuales tienen evidentemente otro destino"

No existe prueba que Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, se encuentren detenidas a la orden de autoridad alguna y eso es un punto fundamental para resolver sobre si existe o no fundamento para la detención. Carece de sentido que se declarase ilegal la detención efectuada en junio de mil novecientos ochenta y dos, puesto que la resolución tiene como objetivo, que el detenido recobre su libertad y desconociéndose que se encuentra aún detenido en mil novecientos noventa y seis y qué autoridad restringe esa libertad, ningún efecto tendrá la resolución, puesto que no se le puede exigir su cumplimiento a ningún funcionario. Si lo que desea es exigir responsabilidad a quienes efectuaron la captura ilegal, no es el Hábeas Corpus, el instrumento legal adecuado, sino la jurisdicción penal común, habiéndose intentado ésta, en el Juzgado de Primera Instancia, sin aportarse mayores datos”.

En esta resolución una de las cuestiones fundamentales de resaltar es la valoración que hace la Sala sobre la procedencia del habeas corpus en el caso de las desapariciones forzadas, pues en esa época la Sala no reconocía la necesidad que existía de implementar el proceso de habeas corpus para esclarecer los casos de desaparición forzada durante la guerra.

Además, es de resaltar que en esa época la figura de desaparición forzada no figura en ninguno de nuestros ordenamientos jurídicos internos, y el delito debía de ser procesado como un delito común de privación de libertad por agentes del Estado. Posteriormente, por la necesidad social de esclarecer los hechos, y no contando con ningún otro medio legal para hacerlo la Sala de lo Constitucional, mediante su jurisprudencia³⁶⁶, adopta la figura del habeas corpus para obtener

³⁶⁶ “Es indiscutible negar que la práctica de desapariciones forzadas está necesariamente vinculada a violaciones al derecho de libertad personal; por cuanto, de acuerdo a lo establecido en los párrafos que anteceden, inicia con una restricción obligada de libertad, y la misma se mantendrá como real, hasta en tanto no se localice a la persona” Sentencia HC 379-2000, Considerando III.

información sobre el paradero de las personas que fueron víctimas de desaparición forzada.

3.2.3 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Entre las valoraciones de CIDH se encuentra la importancia de que la persona este consiente de sus orígenes tanto étnicos como familiares por ello establecían que no hay cómo dissociar el derecho a la identidad, de la propia personalidad jurídica del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional.

El respeto al derecho a la identidad habilita al individuo a defender sus derechos, y tiene por lo tanto incidencia asimismo en su capacidad jurídico-procesal tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. El derecho a la identidad presupone el libre conocimiento de datos personales y familiares, y acceso a éstos, para satisfacer a una necesidad existencial y salvaguardar los derechos individuales. Dicho derecho tiene además un notorio contenido cultural (además de social, familiar, psicológico, espiritual), mostrándose esencial para la relación de cada persona con las demás e incluso su comprensión del mundo exterior, y su ubicación en el mismo. Sin la identidad propia uno no es persona. El derecho a la identidad viene reforzar la tutela de los derechos humanos, protegiendo a cada persona humana contra la desfiguración o vulneración de su "verdad personal."

En lo que respecta a la resolución de la CIDH, los aspectos importantes de resaltar es que esta sentencia apporto elementos importantes que de ser cumplidos permitirían un importante avance en la reparación del daño ocasionado a otras víctimas de dicho delito, bajo estos preceptos se ha considerado que son una forma de reparación. Algunas de las medidas que el Estado necesariamente debe adoptar en aras de determinar el paradero de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz son:

- El Estado debe utilizar todos los medios económicos, técnicos, científicos y de otra índole idóneos para determinar el paradero de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, solicitando, en caso de ser necesario, la cooperación de otros Estados y organizaciones internacionales.

- Funcionamiento de una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado y participación de la sociedad civil es preciso que tome la iniciativa de adoptar las medidas necesarias para investigar y recabar pruebas sobre el posible paradero de los jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado, y facilitar con ello la determinación de lo sucedido y el reencuentro con sus familiares.

- Creación de una página web de búsqueda, Creación de un sistema de información genética, Acto público de reconocimiento de responsabilidad y de desagravio de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y sus familiares, Publicidad de esta Sentencia, Designación de un día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado interno, Asistencia médica y psicológica.

3.2.4 Seguimiento del Cumplimiento de las Recomendaciones Emitidas por Parte del Estado de El Salvador

El Estado de El Salvador por formar parte de la en la Convención Americana desde el 23 de junio de 1978 y haber reconocido la competencia contenciosa de la Corte el 6 de junio de 1995. Se vuelve sujeto obligado a cumplir las resoluciones que emanen de la CIDH, y estas según lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana tendrán un carácter definitivo e inapelable y deben ser prontamente

cumplidas por el Estado en forma íntegra. Y es en razón de estos mandatos que el Estado ha dado cumplimiento a los siguientes puntos³⁶⁷:

- El 16 de enero de 2010 el Presidente de la República de El Salvador, en el acto público de conmemoración del 18º Aniversario de la Firma de los Acuerdos de Paz, reconoció que la reconciliación nacional no se alcanza con la negación de la historia, sino con la verdad y la justicia, y reconoció públicamente la responsabilidad del Estado por las graves violaciones a los derechos humanos y abusos de poder que cometieron agentes estatales durante el conflicto armado interno que concluyó en 1992. El Presidente de la República pidió perdón a quienes no han podido “terminar su duelo por desconocer el paradero de sus seres queridos” y a quienes durante todos estos años han sufrido sin contar con el amparo de las instituciones. Por último, se comprometió a prestar la más amplia y activa colaboración con las autoridades competentes nacionales e internacionales que investigan causas relacionadas con la violación a los derechos humanos.

- En relación con la obligación de investigar los hechos, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas (punto resolutivo sexto de la Sentencia), el Estado admitió que “no hay avances sustanciales en la investigación”. Las diligencias informadas hasta el momento por la Fiscalía se centran en la comparecencia como testigos de dos ex-altos jefes militares, y la remisión de las copias de algunos expedientes de oficiales de las fuerzas armadas, entre otras medidas, “las cuales han sido solicitadas por la Asociación Pro-Búsqueda y no oficiosamente por la Fiscalía”. Por otro lado, la Fiscalía General de la República ha enviado en dos ocasiones un requerimiento, a petición de la señora Jueza de Primera Instancia de Chalatenango, dirigido al Presidente de la República con el objeto de que

³⁶⁷ **CASO DE LAS HERMANAS SERRANO CRUZ VS. EL ESTADO DE EL SALVADOR.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencias. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos 3 de Febrero de 2010. Véase: www.corteidh.or.cr/supervision.cfm

proporcione el listado de oficiales que participaron en la “Operación Limpieza”, operativo militar en el cual fueron sustraídas las hermanas Serrano Cruz. El 17 de julio de 2009 el Presidente de la República giró instrucciones al Ministro de la Defensa Nacional para que proporcionara dicha información, sin haber obtenido respuesta hasta el momento.

Para finalizar con el informe sobre el cumplimiento o incumplimiento de la resolución la corte volvió a enfatizar la obligación del Estado de garantizar que las autoridades judiciales cumplan con su deber y busquen efectivamente establecer la verdad de los hechos y determinen las consecuencias legales correspondientes, sin requerir para ello el impulso procesal de las representantes. Asimismo, hizo un recalco la importancia que para la investigación del caso puede tener la información sobre los oficiales que participaron en la “Operación Limpieza”, y puntualizo que dicha información debe ser remitida al juzgado competente a la mayor brevedad. Por último, señalo que el Estado debe valorar y, en su caso, implementar recursos adicionales y mecanismos idóneos para avanzar en la investigación de los hechos de manera diligente.

3.3 Críticas Positivistas al Marco Jurídico Nacional en Materia de Desaparición Forzada de Personas

Como ya se estudió anteriormente, durante el periodo de la guerra civil en El Salvador, la desaparición forzada fue una práctica reiterada por parte de los cuerpos militares de la época pues se consideraba como un medio efectivo de control político y social, ya que se creía que una forma de desaparecer el problema de la insurgencia contra el Estado, era agrediendo a quienes presentaran el menor indicio “peligrosidad”, al sistema. Se creía entonces al desaparecer a las personas no habían víctimas y al no existir víctimas por ende no hay victimarios ni delito, esta era entonces una forma de garantizar la impunidad de sus actos. Posteriormente a los acuerdos de paz y bajo recomendación de

organismos internacionales como la Organización de Estados Americanos (OEA) y las Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Estado de El Salvador incorpora en su cuerpo normativo penal el delito de desaparición forzada.

Los Principios reconocidos en la Constitución, establecen que El Salvador es un Estado democrático, pero esta concepción muchas veces ha sido interpretada restrictivamente, entendiéndola únicamente como la participación popular a través de elecciones, o bien mediante la participación directa o a través de representantes en los asuntos de Gobierno, o la participación popular en los niveles locales y nacionales. Pero un Estado democrático no puede entenderse como un mero sistema de Gobierno en el que exista la posibilidad de elegir y ser elegido en elecciones secretas, libres, genuinas y periódicas, que consagre un gobierno de mayorías y tolere la posibilidad de disentir y el debido respeto a las minorías. La concepción de Estado democrático debe ser mucho más amplia³⁶⁸.

El concepto de democracia tiene que ver, además, con el fin propio del Estado y su actitud frente a la comunidad. El Estado no es, como peligrosamente se entiende a veces, un fin en sí mismo. Es el medio que los asociados tienen para lograr la felicidad. Esa felicidad de los ciudadanos se denomina bien común y condiciona totalmente la función del Estado y de sus poderes, crea límites al ejercicio de los mismos y exige la existencia de ramas independientes que respeten y garanticen eficazmente la dignidad y los derechos fundamentales del hombre. El Estado se legitima a partir de la dignidad del hombre, que es un valor anterior al propio Estado. La sociedad se organiza en Estado para defender la libertad del hombre y no para limitarla y este criterio debe

³⁶⁸ El concepto de Estado democrático es equiparable al concepto de Estado de Derecho, pues este se define como aquel en el que los tres poderes del gobierno, interdependientes y coordinados, representan, conforme a la conocida frase de Lincoln, el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Es decir que el Derecho no puede estar representado por la voluntad de una persona o de una minoría que se impone a una mayoría.

privar sobre la idea de que se trata simplemente de organizarse para lograr una mayor facilidad en el ejercicio del poder.

Es entonces que en función de buscar el bien común, y garantizar la seguridad jurídica de la persona, el Estado crea y ejecuta leyes que deben resultar eficaces en el momento de garantizar y proteger los derechos que han sido reconocidos como fundamentales del ser humano, en palabras de Santo Tomás, ““Ley es la ordenación de la razón al bien común, dictada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad³⁶⁹”. Lastimosamente estos ideales no se traducen en la aplicación real de las normas, principalmente cuando se trata de la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cometidas por agentes del Estado motivados por razones políticas.

Si bien nuestra Constitución reconoce el derecho a la libertad en todas sus formas, incluidas la libertad personal, y establece garantías y procesos para su defensa, aun no han sido incorporada en ella un reconocimiento expreso de la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad, ni se pronuncia a favor de su abolición así como lo hace directamente en contra de la esclavitud. Además es más que meritorio recalcar que el proceso establecido constitucionalmente para determinar la ubicación física de una persona, está regulado en una ley relativamente obsoleta la cual no es totalmente aplicable al caso de desaparición forzada.

Partiendo de la idea anterior, se hace necesario también referirse a las actuaciones de la Sala de lo Constitucional, en lo relacionado al tema de la desaparición forzada. Es así que se considera que la Sala ha

³⁶⁹ **Santo Tomás**, Suma Teológica I-II Cuestión 90, Artículo 4. La ley, entonces, como producto de la razón del hombre, tiene el bien común como propósito fundamental, es decir, no existe “para un bien privado, sino para utilidad de todos los ciudadanos”. La ley existe en la medida en la que exista una comunidad, una civitas maxima en la que los intereses de la comunidad estén por encima de los individuales, en el sentido en que las partes se ordenan a la totalidad. De acuerdo con la filosofía tomista, la virtud ordenada al bien común es la justicia, de donde la ley tiene como materia la justicia. Véase: <http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Uncal-%20Filosofia%20del%20D/Cuestion%2090.pdf>

mantenido criterios demasiado rígidos y poco apegados a las necesidades reales de justicia que afrontan los familiares de las víctimas del mencionado delito, y así ha quedado evidenciado en el pronunciamiento hecho por esta en el Caso Serrano Cruz cuando manifiestan que *“el hábeas corpus es un medio para obtener la libertad de una persona detenida en contra de la ley; pero no es un medio para investigar el paradero de una persona detenida ilegalmente hace trece años”*.

En relación a la normativa penal hay que reconocer que la tipificación del delito de desaparición forzada en el Código Penal, representa un importante avance en nuestro derecho interno, pero se considera que aún existen otros aspectos que no permiten hablar sobre una verdadera eficacia de las normas nacionales en garantizar y proteger a la persona humana contra el mencionado delito. Así por ejemplo podemos mencionar la controversial Ley de Amnistía que fue decretada después de hacerse público el informe de la comisión de la verdad de manos atadas a todos aquellos interesados en conseguir justicia para las víctimas del conflicto armado, pues el objeto fundamental de esta ley era decretar un perdón general de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en hechos delictivos ocurridos antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos, ya se trate de delitos políticos o comunes conexos con éstos o delitos comunes.³⁷⁰

³⁷⁰ **LEY DE AMNISTÍA GENERAL PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ, Decreto Legislativo Nº 486**, de Fecha :20 de marzo de 1993, publicado en el Diario Oficial, Edición Nº 56 Tomo: 318, con fecha 22 de marzo de 1993. Artículo 1 “ Se concede amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos, ya sea que contra dichas personas se hubiere dictado sentencia, se haya iniciado o no procedimiento por los mismos delitos, concediéndose esta gracia a todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en los hechos delictivos antes referidos. La gracia de la amnistía se extiende a las personas a las que se refiere el artículo 6 de la Ley de Reconciliación Nacional, contenida en el Decreto Legislativo Número 147, de fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos y publicado en el Diario Oficial Número 14 Tomo 314 de la misma fecha”.

Véase:

Con esta disposición el único recurso que quedo habilitado para garantizar algún tipo de justicia para las víctimas de esa época es el proceso constitucional de Habeas Corpus por desaparición forzada, que aunque puede arrojar algún resultado positivo para localizar el paradero de las víctimas, no está encaminado a penalizar a los actores del delito.

En cuanto a la sanción de dicho delito, hay que recalcar que nuestro código penal no penaliza a la desaparición forzada con la severidad con la que debería de ser castigado un delito especial como este, pues hay que recordar que este es un delito considerado “pluriofensivo”, que afecta no solo la libertad de la persona, sino que lleva aparejado la lesividad de otros de igual rango constitucional. Y aparte de esto tiene la agravante de que quien es señalado como sujeto activo del tipo, es el mismo obligado a ser garante del bien jurídico violentado, es decir el Estado. Por ello se considera que las penas impuestas no son proporcionales al daño infringido, y por ello se deben hacer reformas al respecto. Es decir pues, que consideramos imperativo que se haga una reforma a la política de persecución penal, en la cual se incorporen métodos específicos para la persecución y juzgamiento del delito de lesa humanidad.

Además, es de recordar que como se mencionó anteriormente, que a nivel de derecho procesal penal interno no se cuenta con un proceso especial establecido para delitos considerados de lesa humanidad, por lo cual se entiende que se utilizara el proceso común para el juzgamiento de referido ilícito; hay que recalcar que desde que se incorporó la desaparición forzada al código penal salvadoreño, nunca se ha judicializado penalmente un delito de este tipo. Lo cual nos hace pensar que es necesario que se establezcan mecanismos que le faciliten a las víctimas el acceso a la justicia.

<http://www.csj.gob.sv/leyes.nsf/ef438004d40bd5dd862564520073ab15/68dbfc85bfba937906256d02005a3f1c?OpenDocument>

Sin embargo y debido a la carencia de la debida regulación nacional sobre el delito de desaparición forzada pueden ser utilizados supletoriamente instrumentos internacionales como lo son los tratados de derechos humanos, que persiguen el establecimiento de un orden público común. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano³⁷¹”. De este modo, los Estados al ratificar un tratado se “someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

A la luz de lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las obligaciones que derivan de ésta, no se cumplen únicamente con no violar los derechos y libertades proclamados en ellos (deber de respeto), sino que comprenden también una obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (deber de garantía³⁷²).

La Convención Americana, adicionalmente a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos consagrada en su artículo 1.1, les impone a los Estados una obligación adicional y complementaria

³⁷¹ **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**, Artículo 1, N° 1. “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Véase: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

³⁷² **Caso Velásquez Rodríguez**. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo. 166. “Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”

en su artículo 2³⁷³, que es la de adoptar medidas legislativas o de cualquier otra índole necesarias para hacer efectivo los derechos humanos. El propósito de esta norma es la de superar obstáculos para asegurar la aplicación de todo el catálogo de derechos consagrados en la Convención Americana y así garantizar su adecuada protección en cualquier circunstancia. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.

En El Salvador, la ausencia de mecanismos legales eficaces de protección a favor de las víctimas de desaparición forzada, en todas sus dimensiones de afectación, conlleva a que el delito en sí, se perpetúe, lo que trae como consecuencia que la vulneración de todos sus derechos fundamentales se prolongue y se haga más gravosa con el transcurrir del tiempo³⁷⁴. Por ello es considerada como imperiosa necesidad que nuestro país apruebe los instrumentos internacionales necesarios que garanticen la seguridad jurídica a las víctimas directas o indirectas del delito de desaparición forzada.

La situación de impunidad³⁷⁵ que se vive en El Salvador, ha impulsado que el Consejo de Derechos Humanos, a través del Informe

³⁷³ **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**, Artículo 2. "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

³⁷⁴ Como se ha tratado de exponer a lo largo de todo este capítulo El Salvador, es uno de los países de la región que posee uno de los mecanismos legales y jurisdiccionales más débiles en materia de protección de derechos humanos. Esta limitada regulación afecta a la víctimas de desaparición forzada en distintos aspectos como lo son: 1) garantizar sus derechos afectados con causa en el hecho de la desaparición, 2) prevenir el delito y 3) construir garantías legales que permitan el desarrollo de investigaciones eficaces para dar con el paradero de las víctimas y para judicializar a los responsables.

³⁷⁵ Desde su creación, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o involuntarias ha recibido para su consideración 2.661 casos de desapariciones forzadas en El Salvador, ocurridos

del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, solicite al Estado que se convierta en parte de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y del Estatuto de Roma, mediante el que se creó la Corte Penal Internacional, que tipifica el crimen internacional de desaparición forzada de personas cuando ésta reúne las características de crimen de lesa humanidad. También recomendó que El Salvador pase a formar parte de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, que establece que los crímenes contra la humanidad son perseguibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.

CAPITULO IV

durante el conflicto armado interno. El Grupo de Trabajo aún tiene 2.270 casos pendientes de esclarecimiento sobre el paradero o la suerte de las víctimas de dichos casos. Esto demuestra, desde luego, un subregistro de casos de desapariciones forzadas de personas en El Salvador, dado que, según el informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, se estima que pudieron haber sido víctimas de desaparición forzada más de 5.500.

OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA ADOPCION DE INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES, EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA, MECANISMOS, ORGANOS DE PROTECCIÓN Y SU ESTUDIO EN EL DERECHO COMPARADO.

Sumario. 4.1 Los Instrumentos Normativos Internacionales y las obligaciones de los Estados. 4.2 Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las desapariciones forzadas. 4.3 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. 4.4 Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a las obligaciones de los Estados. 4.4.1 Criterios relevantes en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos en relación a las obligaciones de los Estados. 4.5 Estatuto de la Corte Penal Internacional en relación a las obligaciones de los Estados. 4.5.1 Composición del Estatuto de Roma. 4.5.2 Estructura y Funcionamiento de la Corte Penal Internacional. 4.5.3 Delitos Competencia de la Corte Penal Internacional. 4.5.3.1 Genocidio. 4.5.3.2 Crímenes de Lesa Humanidad. 4.5.3.3 Crímenes de guerra. 4.5.3.4 Crímenes de violencia sexual y/o de género. 4.6 Los principios de la Corte Penal Internacional. 4.6.1 Irretroactividad. 4.6.2 Universalidad. 4.6.3 Complementariedad. 4.7 Análisis de aspectos relevantes de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. 4.7.1 Proceso de elaboración de un nuevo instrumento internacional: La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. 4.7.2 Importancia de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. 4.7.2.1 Reparación del daño. 4.7.2.2 Prevención. 4.7.2.3 Órgano de seguimiento. 4.8 La desaparición forzada en el derecho comparado. 4.8.1 La desaparición forzada en México. 4.8.2 La desaparición forzada en Perú. La desaparición forzada en Colombia. 4.9 Justificación de la creación de una ley especializada.

4.1 Los Instrumentos Normativos Internacionales y las Obligaciones de los Estados.

“Los instrumentos normativos internacionales elaborados entre los Estados son diversos y entre ellos están las Declaraciones, los Tratados Internacionales y los Convenios, en general estos son regidos por el derecho internacional publico, refiriéndonos con ello a los sujetos típicos y atípicos. Pero ¿Qué es un acuerdo internacional? Entenderemos de manera general que un acuerdo es, cuando se unen las opiniones o puntos de vista de sujetos de orden jurídico internacional, sobre

cuestiones o problemas que surgen en sus relaciones internacionales, se crean los acuerdos internacionales, *lato sensu*³⁷⁶.

4.2 Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó en el año de 1992 la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. Esta declaración tiene su base en la resolución 33/173, del 20 de diciembre de 1978, las Convenciones de Ginebra, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas, estas mencionadas en la parte considerativa de la misma declaración.

En dicho cuerpo normativo se establece cuales son los valores, derechos humanos y libertades fundamentales que se vulneran mediante la práctica sistemática de la desaparición forzada que se convierte en un crimen de lesa humanidad. De acuerdo a esta declaración se violentan entre otros derechos el de reconocimiento de personalidad jurídica, derecho a la libertad y a la seguridad de una persona y a no ser sometido a torturas ni otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, además de violar claramente el derecho a la vida. (Art. 1 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas³⁷⁷).

³⁷⁶ Vid Supra cap. I. p.11. entenderemos por Convenio un escrito celebrado entre Estados con un grado de formalidad menor al de un tratado; la diferencia sustancial entre una Declaración y un Convenio o Tratado internacional radica en que la Declaración es una serie de reconocimientos generales los cuales no son vinculantes para los Estados, mientras que los Convenios y Tratados Internacionales pueden ser exigibles por diferentes vías.

³⁷⁷ **Art. 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

Compromete a los Estados a que conformen parte de ésta a establecer medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas que sean eficaces para así prevenir y erradicar la desaparición forzada en cualquier parte de su territorio. Todo acto de este tipo se considerara como delito según lo establezca cada Estado parte, tomando en cuenta la extrema gravedad de la misma. Compromete al mismo tiempo una responsabilidad civil a sus autores y al Estado que lo haya organizado o tolerado, así como la aplicación del Derecho Internacional aplicable conforme a su responsabilidad.

La desaparición forzada no puede en ningún momento ser invocada ni justificada por ninguna autoridad pública, civil o militar o de cualquier otra índole. Sin embargo, puede ocurrir que sea recibida dicha orden tendrá el derecho y el deber de no obedecerla según lo establece la Declaración en su Art. VIII³⁷⁸; debiendo el Estado velar porque se prohíban dichas ordenes o instrucciones que dispusieren, autorice o aliene la práctica de desaparición forzada.

Es de hacer notar que en este instrumento internacional se ha establecido el uso de un recurso judicial (Habeas Corpus). Se considera un derecho eficaz para dar con el paradero de las personas que son privadas de libertad, su estado de salud o bien para determinar la autoridad que dio la orden para la privación de libertad. Las autoridades competentes tienen el acceso total (conferidos por la legislación nacional del Estado parte o de cualquier instrumento jurídico internacional del cual

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

³⁷⁸ **Art. VIII:** No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas. Los Estados Partes velarán asimismo por que, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas.

es Estado en mención sea parte) a todos aquellos lugares de donde se tuviere conocimiento de personas privadas de libertad³⁷⁹.

Las maneras de detención deberán ser de una manera estricta según lo establece la Declaración, se comprometen a ser lugares oficialmente reconocidos. Inmediatamente a la detención se proporcionara la información exacta de la detención de la persona, lugares a los cuales se transfiere, para brindarle toda la información a los familiares o persona interesada legítimamente, sancionando toda aquella detención arbitraria. De igual forma, la manera en que se liberara a quien haya sido privado de libertad.

Se elaboraron una serie de normas para erradicar las detenciones arbitrarias e ilegales, dentro de las cuales son muy importantes la legalidad de los centros de reclusión y el pleno acceso de las autoridades judiciales a los mismos. Así como la obligación de mantener registros de las personas reclusas en ellos y de las responsabilidades jerárquicas del personal encargado de ejecutar acciones en ese campo. Dentro de la Declaración, los Derechos a la verdad y a la justicia en los casos de desaparición forzada implican el Derecho de los afectados a denunciar los hechos ante autoridades competentes.

Es muy importante señalar que en el Art. 17 de la Declaración se considera como delito permanente mientras que los responsables continúen ocultando el paradero de las víctima de desaparición forzada y no se esclarezcan los hechos. Considera además imprescriptible, otorgándole la extrema gravedad al cometimiento de éste. Los autores del delito de desaparición forzada conforme a la Declaración no podrán beneficiarse de ninguna ley de amnistía especial o de cualquiera que los

³⁷⁹ **Art. X:** "(...) En la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a las persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar."

exonere de cualquier procedimiento o sanción penal que pudiere aplicárseles.

Se podrá obtener una reparación y derecho a una indemnización de una manera adecuada, y a la completa readaptación a la sociedad, haciendo un llamado a los Estados para prevenir, reprimir la desaparición forzada mediante la ratificación de la declaración, así como de todos aquellos tratados que hicieren referencia a la desaparición forzada de persona, para la correcta protección de las personas o una correcta indemnización o reparación del daño cometido.

4.3 Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³⁸⁰ fue aprobada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil, mediante la resolución 1256 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, sobre un proyecto preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que venía siendo discutido desde 1987. Esta convención se convirtió en el primer instrumento jurídico en establecer mecanismos que permitieran dictar sentencias definitivas y obligatorias en casos interestatales y particulares expresamente reconocidas por los Estados Partes interesados

En el Preámbulo, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, parten del reconocimiento de la persistencia del fenómeno de desapariciones forzadas en el continente. Consideran una grave ofensa de naturaleza repugnante a la dignidad intrínseca de la persona humana. Este fenómeno contradice los enunciados de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, así como que su práctica sistemática constituye un crimen de lesa humanidad.

³⁸⁰ Convención aun no ratificada por el Estado de El Salvador, misma que debería ser ratificado, ya que contribuiría para el esclarecimiento de los múltiples casos de desaparición forzada aun no resueltos en el país hasta la fecha.

En el artículo I los Estados se comprometen a no practicar, ni permitir y menos tolerar la desaparición forzada aunque exista un estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales³⁸¹. Es decir, prohíbe de una manera absoluta la practica de la desaparición forzada, sancionando a los autores, cómplices o encubridores del que cometiere el delito de desaparición forzada así como el que realizare la tentativa de comisión del mismo.

La Convención coincide con la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en cuanto a la cooperación para la prevención, y así sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas. Las medidas que deberán tomar los Estados partes, serán de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole para así cumplir los objetivos establecidos por la Convención. Tipificando como delito la desaparición forzada y otorgar así procedimientos constitucionales para cumplir con este fin, imponiéndole una pena, tomando en cuenta la gravedad.³⁸²

³⁸¹ **Artículo I:** “ Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, ni 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”.

³⁸² **Art. 3 y 4 Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992: Artículo 3** “Los Estados tomarán medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para prevenir o erradicar los actos de desapariciones forzadas en cualquier territorio sometido a su jurisdicción. **Artículo 4** 1. Todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad. 2. Las legislaciones nacionales podrán establecer circunstancias atenuantes para quienes, habiendo participado en actos que constituyan una desaparición forzada, contribuyan a la reaparición con vida de la víctima o den voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada; con el *Art.1 y 3 de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas 1994: Artículo I* 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 III:** Los Estados Partes se

En la definición del delito, la Convención toma en cuenta la privación de la libertad de una o más personas, con la injerencia del Estado a través de la actuación de sus agentes o personas o grupos tolerados por el mismo; también, el no reconocimiento de la detención y la negativa a dar información sobre el paradero de la persona o personas desaparecidas, además del impedimento del ejercicio de recursos legales así como el no acceso a las garantías procesales del caso.

La Convención Interamericana coincide con la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas al consagrar el compromiso de los Estados crear sanciones penales contra la desaparición forzada dentro de su legislación. De igual forma, se establece que la desaparición forzada se considerara delito continuado³⁸³ o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. La desaparición forzada es entonces, un delito permanente hasta que no se establezca el paradero de la víctima y se hayan esclarecido completamente los hechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos define la permanencia, respecto al delito así: “la desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento”³⁸⁴. En cuanto a la extradición,³⁸⁵ respecto al delito de

comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona.

³⁸³ Se entenderá en el desarrollo de la investigación el término de permanente y continuado como sinónimos, así se establece en el Informe Especial de la Ex Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos sobre la práctica de desapariciones forzadas de personas en el contexto del conflicto armado interno ocurrido en El Salvador entre 1980 y 1992. Pág.65

³⁸⁴ **AMBOS, KAI y otros**, *Desaparición Forzada de personas, Análisis comparado e internacional*, Primera Edición, Editorial Temis, Bogota Colombia, 2009 p.192. La definición que toma el autor comprende la privación de libertad como un inicio para la configuración del delito de desaparición forzada, que se ve consumado hasta saber el paradero de la víctima.

desaparición forzada, la convención deja establecido que se considera incluida entre los delitos que la motivan. Tiene que haber sido celebrado entre Estados que hayan celebrado un tratado de esta índole.

Sin embargo, podrá subordinar la extradición ante un Estado que no haya celebrado un tratado cuyo tema sea la extradición, en tal circunstancia el Estado que ha celebrado un tratado sobre la extradición podrá solicitarlo a un Estado que no sea parte de dicho instrumento internacional, considerando presente la Convención como base jurídica necesaria para hacer efectiva la extradición referente al delito de desaparición forzada. Pero si algún Estado Parte no hace susceptible la extradición a la existencia de un tratado reconocerá la desaparición forzada como un delito susceptible de extradición.

En términos generales, la Convención establece que la desaparición forzada no será considerada delito político, en consecuencia, los culpables o presuntos culpables podrán ser extraditados por el Estado ante el cual deban responder. Incluso en los casos en que la extradición no sea concedida, el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el imputado deberá someterlo a proceso penal. Es necesario mencionar algunas coincidencias que existen entre la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las desapariciones forzadas y la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas.

En ambos instrumentos se prohíbe la desaparición forzada por haber recibido una orden o instrucción de un superior que así lo exigiere, ya que en ambas no se toma como eximente esta situación, además del juzgamiento debido a los culpables en tribunales civiles, así como las

³⁸⁵ La extradición es el acto por el cual un Estado (Estado requerido) entrega una persona que se encuentra en su territorio a otro Estado (Estado requirente) que la busca, bien para juzgarla por un delito que se le imputa, bien para cumplir una pena impuesta previamente por los tribunales de este último Estado., INTERPOL en sitio Web <http://www.interpol.int> visitado en 28 de Junio de 2011.

condiciones para erradicar todas las detenciones arbitrarias e ilegales, sin dejar de mencionar la posibilidad de utilizar todos los recursos judiciales tal como el Habeas Corpus. En cuanto a las prevenciones que se toman de acuerdo a estos instrumentos internacionales se encuentran la educación eficiente sobre el mismo tema hacia funcionarios que apliquen la ley para su eficaz cumplimiento.

Es importante resaltar que en la Convención específicamente en el Art. VII³⁸⁶ se habla de la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada. Dado que se considera que la desaparición forzada de personas es considerada un delito permanente, es obvio que no corre ningún término de prescripción que impida la investigación de los hechos y la sanción de los responsables. Sin embargo existe la posibilidad de que exista una norma de carácter fundamental en cuyo caso el carácter de imprescriptible se igualará a la pena máxima establecida para el delito mas grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

Estos instrumentos internacionales no han sido ratificados aun por el Estado de El Salvador, por motivos desconocidos³⁸⁷ ya que la situación vivida durante los años de 1980 a 1992 ameritaba la ratificación de estos instrumentos internacionales. De esta manera se hubieran hecho las investigaciones pertinentes, búsqueda y reparación a las victimas, así como del juzgamiento de los culpables. Pero en el caso de aquellos Estados que aun no han ratificado estos instrumentos internacionales,³⁸⁸ cabe preguntarse si la imprescriptibilidad de los

³⁸⁶ **Artículo VIII:** No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas. Los Estados Partes velarán asimismo por que, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas.

³⁸⁷ Testimonio de "Andresito" Fundador y actual miembro de la Directiva de la Asociación Pro-Búsqueda quien a su parecer existen motivos políticos por los cuales en los anteriores gobiernos no quisieron esclarecer el paradero de muchas victimas de desaparición forzada ni el cumplimiento de la resolución emitida por la Corte Internacional de Derechos Humanos.

³⁸⁸ Convención Interamericana contra las desapariciones forzadas, el Estatuto de Roma, Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las desapariciones forzadas.

crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad es una norma consuetudinaria del derecho internacional y por tanto fuente de obligaciones jurídicas en el ámbito internacional.

De la costumbre internacional emanan obligaciones *erga omnes* para los Estados, como lo establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁸⁹, y la jurisprudencia emitida por este órgano, así que la imprescriptibilidad de los graves crímenes internacional es considerada parte de la costumbre internacional, ningún Estado puede validamente sustraerse de la obligación de investigar y sancionar estos hechos por causa del transcurso del tiempo, independientemente de lo que disponga su legislación interna.

4.4 Criterios Jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Relación a las Obligaciones de los Estados.

El artículo 2 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone que la Corte ejerza función jurisdiccional y consultiva.³⁹⁰ Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los

³⁸⁹ **Artículo 38. 1.** La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

³⁹⁰ Héctor Gros Espiel, en su trabajo "El Procedimiento Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", publicado en la obra "La Corte Interamericana de Derechos. Estudios y Documentos (INDH 1985)", considera errónea la fórmula "función jurisdiccional y consultiva" empleada por el Estatuto. "La función que ejerce la Corte (dice Gros Espiel) es siempre jurisdiccional y esta función se manifiesta y concreta en dos formas: la competencia contenciosa y la competencia consultiva."

artículos 61, 62 y 63 de la Convención³⁹¹. Y Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención.

El artículo 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁹² dispone que sólo los Estados y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos previstos en los artículos 48 a 50 de dicha Convención.³⁹³

Conforme al artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión a la Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de dicha Convención. Sin embargo es necesario agotar los recursos de jurisdicción interna conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente aceptados³⁹⁴

En el Preámbulo de esta Convención se establece que la protección internacional de los derechos humanos es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho

³⁹¹ **Artículo 2** del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Competencia y Funciones La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención.

³⁹² **Art.61** de la Convención Americana sobre derechos humanos: Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

³⁹³ Debe igualmente agotarse los recursos de jurisdicción interna conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente aceptados. (Art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En el Preámbulo de esta Convención se establece que la protección internacional de los derechos humanos es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos

³⁹⁴ **Art. 46** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

interno de los Estados americanos. El Estado puede ser considerado parte en un proceso ante la Corte, cuando ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptado la competencia contenciosa de la Corte, en los términos del artículo 62 de dicha Convención³⁹⁵. En razón de la materia, compete a la Corte en la jurisdicción contenciosa, la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos humanos³⁹⁶.

Es de la competencia de la Corte la interpretación y aplicación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cumplimiento del artículo XIII dicha Convención que establece: Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.

En relación con otros instrumentos, la Corte ha considerado que si bien carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados

³⁹⁵ Artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: 1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos posteriores, ora por convención especial.

³⁹⁶ No solo en relación con los derechos sustantivos consagrados en la misma, sino también de las normas que rigen el proceso ante ese Tribunal, en las etapas de sustanciación, decisión y ejecución, incluyendo dentro el trámite de las medidas provisionales y el seguimiento de su ejecución.

internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común. Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables³⁹⁷

Sobre la naturaleza de los tratados, la Corte ha establecido que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.

Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal supranacional dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. En relación con el cuestionamiento por un Estado sobre su competencia contenciosa en un caso, la Corte declaró que “como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente determinar el alcance de su propia competencia (competence de la competence/kompetenz-kompetenz)³⁹⁸”.

³⁹⁷ Tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

³⁹⁸ **ABREU BURELLI, Allrio**, en <http://www.venezuelaprocesal.net/juriscidh.htm> sitio visitado en 11 de Agosto de 2011. En otros casos la Corte, en relación con la competencia, ha sostenido: “La

Incumbe a la Corte darle a la declaración del Estado, como un todo, una interpretación de acuerdo con los cánones y la práctica del Derecho Internacional en general, y del Derecho de los derechos humanos en particular, y que proporcione el mayor grado de protección a los seres humanos bajo su tutela. La Corte no puede cesar a esta prerrogativa, que además es un deber que impone la Convención Americana, para ejercer sus funciones según el artículo 62.3 de la misma³⁹⁹.

4.4.1 Criterios Relevantes en la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos en Relación a las Obligaciones de los Estados.

La Corte Internacional ha emitido diversos criterios sobre temas diferentes entre los cuales se encuentra el derecho sustantivo en cuanto al tema de la detención preventiva. La Corte ha considerado que son supuestos necesarios para que las detenciones sean compatibles con las previsiones establecidas por la Convención: 1. que la detención sea producida en caso de flagrante delito; 2. que la detención se produzca en virtud de una orden judicial; y 3. que la detención tenga como propósito investigar la posible comisión de un hecho delictivo⁴⁰⁰.

competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence* por ser maestra de su jurisdicción.

³⁹⁹ Art. 62.3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos posteriores, ora por convención especial.

⁴⁰⁰ **ABREU BURELLI, Alirio Op. Cit.** Casos Durand y Ugarte, contra Perú; Villagrán Morales y otros (niños de la calle) contra Guatemala; y Castillo Petruzzi y otros contra Perú. Debe examinarse en cada caso concreto cómo ha sido llevada a cabo la detención o cómo ha sido puesta en práctica y si se ha dado cumplimiento a las garantías establecidas en la Convención, tales como la puesta del detenido a disposición judicial o la existencia de recursos rápidos y efectivos que controlen la legalidad de la detención.

La Corte distingue entre las detenciones ilegales y las detenciones arbitrarias. Las primeras (detenciones ilegales) son aquellas que se realizan vulnerando requisitos formales (no cumplimiento de los procedimientos, formas o plazos), o materiales (efectuadas por causas o circunstancias o de modo no previstas en la Constitución o de las leyes. Las detenciones arbitrarias son aquellas que, aunque legales, resultan desproporcionadas, irrazonables, imprevisibles. En el caso *Gangarán Panday vs. Surinam*⁴⁰¹, y, posteriormente, en los casos *Villagrán Morales vs. Guatemala* y *Bámaca Velásquez, vs. Guatemala*⁴⁰², la Corte expresó:

“Esta disposición contiene garantías específicas descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de las detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que (aun calificados de legales) puedan reputarse como

⁴⁰¹ Al presentar el caso, la Comisión invocó los artículos 51 y 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y el artículo 50 de su Reglamento. La Comisión sometió este caso contra Suriname en perjuicio del señor Choeramoenipersad Gangaram Panday (conocido también como Asok Gangaram Panday) por violación de los artículos 1 (Obligación de respetar los derechos), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 4.1 (Derecho a la vida), 5.1 y 2 (Derecho a la integridad personal), 7.1, 2 y 3 (Derecho a la libertad personal) y 25.1 y 2 (Protección judicial) de la Convención y solicitó que la Corte “decida sobre este caso conforme a las disposiciones de la Convención, que determine la responsabilidad por la violación señalada y que otorgue una justa compensación a los familiares de la víctima”. Designó como sus delegados para que la representen en este caso a Oliver H. Jackman, miembro; Edith Márquez Rodríguez, Secretaria ejecutiva y David J. Padilla, Secretario ejecutivo adjunto.

⁴⁰² http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf visitado en 10 de Agosto de 2011. La Comisión manifestó que el objeto de la demanda era que la Corte decidiera si el Estado violó, en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, las siguientes normas: Artículo 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), Artículo 4 (Derecho a la Vida), Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), Artículo 7 (Derecho a la Libertad Personal), Artículo 8 (Garantías Judiciales), Artículo 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), Artículo 25 (Protección Judicial) y el Artículo 1 (Obligación de Respetar y Garantizar los Derechos), todos de la Convención Americana así como también los artículos 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”.

En cuanto a la desaparición forzada de personas en sentencia de 24 de enero de 1998, la Corte consideró que la desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos. De ahí la importancia de que el Estado tome las medidas necesarias para evitar dichos hechos, los investigue y sancione a los responsables y además informe a los familiares el paradero del desaparecido y los indemnice en su caso.⁴⁰³

En consecuencia, concluye la Corte, el artículo 8.1 de la Convención Americana⁴⁰⁴ confiere a los familiares del señor Nicolás Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les imponga las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares. Por tanto, la Corte declara que Guatemala violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares del señor Nicolás Blake en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

⁴⁰³ **Caso Blake vs. Guatemala** En la misma sentencia, y en relación con el artículo 8.1 de la Convención, aplicable al caso, la Corte consideró que dicha norma debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto original como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según la cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa del gobierno

⁴⁰⁴ **Artículo 8.-** Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Antes, en los casos Velásquez Rodríguez; Godínez Cruz; Fairén Garbi Solís (todos vs. Honduras⁴⁰⁵), la Corte había señalado: “La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas.

También un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente. Aunque esta práctica posee carácter más o menos universal, en América Latina ha presentado en los últimos años una excepcional intensidad. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que vulnera, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención.

4.5 Estatuto de la Corte Penal Internacional en Relación a las Obligaciones de los Estados.

La expresión derechos humanos es relativamente nueva, sin embargo, la idea de una ley o legislación que define y protege los

⁴⁰⁵ http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=16 visitado en 10 de Agosto de 2011. Al presentar el caso, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decida si hubo violación, por parte del Estado involucrado, de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención en perjuicio del señor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez y solicitó que la Corte disponga "se reparen las consecuencias de la situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y se otorgue a la parte o partes lesionadas una justa indemnización".

derechos de los hombres es muy antigua, su fórmula de inspiración es francesa y las acciones en torno a los "derechos del hombre" se remonta a las últimas décadas del siglo XVIII. No obstante en la historia contemporánea, éste término surge con la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la consecuente constitución de la Organización de Naciones Unidas, cuya carta trajo como novedad la mención repetidamente del término "derechos humanos".

Éstos alcanzaron un elemental desarrollo hasta 1948, año en que se aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual constituye la primera legislación que protege los derechos fundamentales universales en el sistema moderno del derecho internacional de los derechos humanos. Este es un instrumento declarativo, que no es sometible a ratificación, y es la base de todos los demás mecanismos de protección de los derechos humanos que se desarrollaron durante la segunda mitad de siglo XX y que en la actualidad continúan apareciendo en el ámbito internacional.

Más adelante el Pacto de Derecho Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entra en vigor el 23 de marzo de 1976, busca garantizar que los Estados respeten los derechos civiles y políticos de cada ciudadano, lo cual constituye los llamados derechos de primera generación; también está el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado también por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y su entrada en vigor el 3 de enero de 1976, este pacto correspondiente a los derechos de segunda generación.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Pese a que el valor jurídico de una declaración es la de ser un ideal común, la Declaración Universal de Derechos Humanos es considerada norma de observancia obligatoria a partir de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Teherán en 1968. Algunos autores le dan el grado de costumbre internacional o bien se ha dicho que forman parte de los Principios Generales del Derecho.

Ambos pactos llegaron a concretizar aún más los derechos protegidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Al estar sometidos a ratificación por parte de los Estados signatarios, éstos asumen una obligación de respetar las normas y principios estipulados en éstos dos instrumentos de carácter universal. Sin embargo, estos instrumentos no son suficientes en caso de conflictos armados, en este sentido en el ámbito específico del Derecho Internacional Humanitario, el cual constituye “el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales,

Limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto”⁴⁰⁷ Desde 1945, entre los conflictos armados en todo el mundo, los conflictos no internacionales se han hecho más frecuentes que los conflictos entre Estados, es por ello que en los cuatro Convenios de Ginebra se establece un artículo en común, el número 3⁴⁰⁸, el cual pronostica la posibilidad de ampliar la aplicación de los Convenios, más allá de la situación de conflicto armado

⁴⁰⁷ Swinarski, Christophe, Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Comité Internacional de la Cruz Roja/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Pág. 11

⁴⁰⁸ **CONVENCIÓN DE GINEBRA Artículo 3 - Conflictos no internacionales** En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto

internacional interestatal, a fin de que los principios fundamentales de este derecho se apliquen también en caso de conflicto no internacional.

Los anteriores instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos brindan el fundamento jurídico para que ciertas conductas sean consideradas como crímenes internacionales, y por ende, puedan ser perseguidos más allá de las cortes nacionales de cada país. Es también esta base legal internacional la que llevó en 1998, a la creación del Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional, el cual es el producto de una larga evolución de los derechos humanos, desde una declaración hasta la creación de un tribunal internacional permanente.

La idea de establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente nació, con motivo de las atrocidades cometidas en la Primera Guerra Mundial, sin embargo, en la Segunda Guerra Mundial, los aliados instituyeron dos tribunales militares internacionales, el de Nüremberg y el de Tokio. Con el fin de someter a juicio a criminales de guerra, esto creó un precedente para el desarrollo del derecho penal internacional y reabrió así el debate sostenido durante las décadas correspondientes a los años 20 y 30 sobre la institución de una Corte Penal Internacional permanente.

Después de muchos esfuerzos por parte de las Naciones Unidas, en 1949 la Comisión de Derecho Internacional, empezó a trabajar en un proyecto de Corte Penal Internacional, tomando como base los 7 principios del Tribunal de Nüremberg⁴⁰⁹ (Art. 6 al 15):

⁴⁰⁹ VIDAL LA ROSA SÁNCHEZ, María Delfina, *Principios del Tribunal de Nuremberg* en http://www.teleley.com/articulos/art_170708-7md.pdf visitado el 10 de Agosto de 2011. El 8 de agosto de 1945, los gobiernos de Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética, suscribieron el Acuerdo de Londres, mediante el cual se creó el Tribunal Militar Internacional, conocido por el nombre de la ciudad alemana en que sesionó y dictó su sentencia como tribunal de Nuremberg. Dicho tribunal tuvo como objeto juzgar y sancionar a los principales criminales de guerra.

a) Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales, será responsable y por consiguiente sujeto a castigo.

b) El hecho de que las leyes internas no impongan castigo, por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales, no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

c) El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen bajo las leyes internacionales sea Jefe de Estado o un oficial responsable del Gobierno no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales.

d) El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma.

e) Cualquier persona acusada de un crimen bajo las leyes internacionales tiene el derecho de un juicio justo ante la ley.

f) Los crímenes enumerados son clasificados como crímenes bajo las leyes internacionales.

g) La complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad tal y como fueron expuestos en los Principios VI, es un crimen bajo las leyes internacionales

El trabajo para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional quedó prácticamente paralizado con el advenimiento de la Guerra Fría, sin embargo, al terminar ésta resucitó el interés de una Corte permanente, y en 1989 la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que se ocupara de la cuestión del establecimiento de una Corte Penal Internacional. En 1994 la Comisión concluyó un proyecto de Estatuto. Al ser presentado, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas decidió establecer un Comité

Especial para examinar las cuestiones sustantivas y arreglos necesarios para convocar a una conferencia internacional de plenipotenciarios.

En diciembre de 1996 la Asamblea General dispuso que se celebrara una Conferencia Diplomática con el fin de dar forma definitiva a una Convención sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional y adoptarla. Finalmente en diciembre de 1997 pidió al Comité Preparatorio que al concluir sus períodos de sesiones transmitiera el texto de un proyecto de Convención, lo que así hizo en abril de 1998. Dicho texto fue la plataforma para las deliberaciones de la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, que el 17 de julio de ese mismo año aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁴¹⁰.

Entró en vigor el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 el 1 de julio de 2002, con 76 ratificaciones y 139 firmas. El 11 de abril de 2002, se reunió el número mínimo de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor. La Corte Penal Internacional se constituyó como la primera Corte Penal Internacional permanente que investigará y llevará ante la justicia a los individuos, no a los Estados, responsables de cometer las violaciones más graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario como son el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

⁴¹⁰ **SALAS MORALES, Elisa Aracely**, *“La importancia de la implementación de las disposiciones del Estatuto de Roma al sistema guatemalteco, con el fin de cooperar con la Corte Penal Internacional en castigar a personas que han cometido crímenes graves de trascendencia internacional.”* Tesis de Grado para optar al título de Internacionalista de Escuela de Ciencia Política, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala 2007. P.15 En esta conferencia participaron 169 Estados, 17 organizaciones intergubernamentales, 133 Organizaciones no Gubernamentales, 5 organismos especializados, y 9 Programas y Órganos de las Naciones Unidas.

La Corte Penal Internacional es complementaria a los sistemas de justicia nacionales, actuando sólo cuando los Estados no pueden o no tienen la voluntad de investigar o juzgar tales crímenes. De modo que la responsabilidad primaria recaerá sobre los Estados. Como resultado y actuando en su mejor interés, los Estados modernizarán sus sistemas penales, tipificarán crímenes internacionales y fortalecerán la independencia del poder judicial, lo que tendrá un efecto positivo en la protección de los derechos humanos a escala mundial, al tiempo de asegurar la mejor cooperación entre los países y la Corte.

4.5.1 Composición del Estatuto de Roma.

El Estatuto de Roma consta de trece partes, las cuales se enumeran y explican brevemente: a) Del establecimiento de la Corte (Art.1 al 4) En esta parte se explica todo lo referente a La Corte Penal Internacional, su carácter, facultades para ejercer jurisdicción, su vinculación con la Organización de las Naciones Unidas como principal órgano judicial en materia penal, así como su sede, su personalidad jurídica internacional, para la realización de sus propósitos y funciones. b) De la competencia de la admisibilidad y el derecho aplicable. (Art. 5 al 21) La Corte tendrá competencia solamente respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto⁴¹¹.

c) De los principios generales del derecho penal⁴¹² (Art. 22 al 33)

⁴¹¹ En cuanto a los Estados que se hagan parte del mismo después de la entrada en vigor, la Corte ejercerá competencia respecto a los crímenes cometidos con posterioridad a esa decisión. Los Estados aceptan la competencia de la Corte, que se limita a los crímenes más graves de trascendencia internacional en su conjunto, tales como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

⁴¹² **Ortiz Ahlf, Loretta.** Op cit. Págs. 15-17. Los principios penales tendientes a garantizar una protección eficaz por parte del órgano jurisdiccional que se trate. De estos principios se infieren derechos fundamentales tales como el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, con las debidas garantías de igualdad, equidad, presunción de inocencia; con una defensa adecuada; en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas; el derecho al respeto del principio de legalidad y retroactividad de la ley más benigna; el derecho a recurrir de un fallo condenatorio ante un juez o tribunal superior; entre otros.

- Nullum crimen sine lege (no hay crimen sin ley).
- Nulla Poena sine lege (no hay pena sin ley).
- Irretroactividad *ratione personae* (irretroactividad en razón de la persona).
- Responsabilidad penal individual.
- Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte.
- Improcedencia del cargo oficial.
- Responsabilidad de los jefes y otros superiores.
- Imprescriptibilidad.
- Elemento de intencionalidad.
- Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.
- Error de hecho o error de derecho.
- Órdenes superiores y disposiciones legales.

d) De la composición y administración de la Corte (Art. 34 al 52) Aquí se explica todo lo referente al funcionamiento orgánico de la Corte, así como de su composición y su administración, también los procedimientos para concluir un caso presentado ante la Corte; e) De la Investigación y el enjuiciamiento (Art. 53 al 61) Para iniciar una investigación, el Fiscal previamente evaluará la información de que disponga, para determinar si existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al Estatuto. Si llegare a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ⁴¹³ notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya solicitado la competencia de la Corte.

⁴¹³ Porque la causa es inadmisibile por no existir una base suficiente de hecho o de derecho de conformidad con el artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: 1. Los miembros de la Corte no podrán ejercer funciones de agente, consejero o abogado en ningún asunto. 2. No podrán tampoco participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad. 3. En caso de duda, la Corte decidirá.

f) Del juicio (Art. 62 al 76) Esta parte del Estatuto de Roma explica que el juicio será público y se llevará a cabo en la sede de la Corte o donde se disponga. También el comportamiento que debe observar el acusado dentro de la sala, las funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia, el procedimiento en caso de declaración de culpabilidad, de la presunción de inocencia, los derechos del acusado, de la protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones, y la práctica de las pruebas.

g) De las penas (Art. 77 al 80)⁴¹⁴ Se enumeran las penas aplicables, la imposición de la pena, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado; y se abonará el tiempo que éste haya estado detenido; h) De la apelación y la revisión (Art. 81 al 85) Los fallos de la corte serán apelables de conformidad con las reglas de procedimiento y prueba por el Fiscal, por vicio de procedimiento, error de hecho y error de derecho, por el condenado o el Fiscal en su nombre, por cualquier otro motivo que afecte la justicia o la regularidad del proceso o del fallo.⁴¹⁵

i) De la cooperación internacional y la asistencia judicial (Art. 86 al 102) Para el buen funcionamiento de la Corte Penal Internacional, la cooperación de los Estados Partes es fundamental tanto para que además de la entrega de personas, cooperen con investigaciones y enjuiciamientos penales. Por ello la Corte está facultada para formular solicitudes de cooperación a los Estados partes que se transmitirán por la

⁴¹⁴ **Estatuto de Roma de Corte Penal internacional:** Artículo 77: Penas aplicables: 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

⁴¹⁵ El Fiscal o el condenado podrán, asimismo, apelar de una sentencia en razón de una desproporción entre el crimen y la condena

vía diplomática o por otro conducto que haya designado cada uno. También es de suma importancia que los Estados partes del Estatuto de Roma se aseguren, que en su legislación interna existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación.⁴¹⁶

j) De la ejecución de la pena (Art. 103 al 111) La pena privativa de libertad será cumplida en un Estado designado por la Corte Penal Internacional sobre la base de una lista de países que le hayan manifestado que están dispuestos a recibir condenados, tomando en cuenta el principio que los Estados Partes deben compartir la responsabilidad por la ejecución de las penas, las normas de tratados internacionales sobre el tratamiento de reclusos, la opinión y la nacionalidad del condenado y otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado o la ejecución eficaz de la pena.⁴¹⁷

k) De la Asamblea de los Estados Parte (Art.112)⁴¹⁸ Cada Estado Parte tendrá un representante en la Asamblea y podrá hacerse acompañar de suplentes y asesores. Los Estados que hayan suscrito el Estatuto o el Acta Final, podrán participar como observadores. La Asamblea se reunirá, una vez al año durante una semana, según la fecha que establezca de

⁴¹⁶ De acuerdo a esto, cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con esta parte del Estatuto y el procedimiento establecido en su normativa interno.

⁴¹⁷ De no asignarse un Estado de conformidad con lo anterior, la pena se cumplirá en el establecimiento penitenciario que designe el país anfitrión en donde se encuentre la sede de la Corte (países Bajos), en cuyo caso los gastos serán sufragados por la Corte. La ejecución de la pena estará sujeta a la supervisión de dicha Corte.

⁴¹⁸ **Artículo 122 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:** Enmiendas a disposiciones de carácter institucional 1. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 121, cualquier Estado Parte podrá proponer en cualquier momento enmiendas a las disposiciones del presente Estatuto de carácter exclusivamente institucional, a saber, el artículo 35, los párrafos 8 y 9 del artículo 36, el artículo 37, el artículo 38, los párrafo 1 (dos primeras oraciones), 2 y 4 del artículo 39, los párrafos 4 a 9 del artículo 42, los párrafos 2 y 3 del artículo 43 y los artículos 44, 46, 47 y 49. El texto de la enmienda propuesta será presentado al Secretario General de las Naciones Unidas o a la persona designada por la Asamblea de los Estados Partes, que lo distribuirá sin demora a los Estados Partes y a otros participantes en la Asamblea. 2. Las enmiendas presentadas con arreglo al presente artículo respecto de las cuales no sea posible llegar a un consenso serán aprobadas por la Asamblea de los Estados Partes o por una Conferencia de Revisión por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes. Esas enmiendas entrarán en vigor respecto de los Estados Partes seis meses después de su aprobación por la Asamblea o, en su caso, por la Conferencia.

Asamblea, en la sede de la Corte o en la sede de las Naciones Unidas. Podrá celebrar períodos extraordinarios de sesiones, y podrá establecer órganos subsidiarios. Cada Estado tendrá derecho a un voto. Tanto la Asamblea como la Mesa procurarán adoptar sus decisiones por consenso. La Mesa aprobará su propio reglamento.⁴¹⁹

l) De la Financiación (Art. 113 al 118) Las cuestiones financieras, se regirán por el Estatuto y por la Reglamentación Financiera detallada que apruebe la Asamblea. Los gastos de la Corte, de la Asamblea, y Órganos subsidiarios, se sufragarán con cargo a cuotas de los Estados Partes y a fondos procedentes de la Organización de las Naciones Unidas, con sujeción a la aprobación de la Asamblea General; además la Corte Penal Internacional también podrá recibir fondos adicionales provenientes de contribuciones voluntarias de gobiernos, de organizaciones internacionales, de otras entidades y de particulares.

m) Cláusulas finales (Art. 119 al 128) Esta parte comprende la solución de controversias, reservas, enmiendas, revisión del Estatuto, firma, ratificación, aprobación o adhesión, entrada en vigor y denuncia. Es importante resaltar que según el Estatuto de Roma, no se admitirán reservas al mismo, y el artículo 123⁴²⁰ indica que siete años después de la entrada en vigor el Estatuto, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, convocará a una Conferencia de revisión de los Estados Partes para examinar enmiendas al Estatuto.

⁴¹⁹ Es importante resaltar que la Asamblea de los Estados Partes se reunió por primera vez del 3 al 10 de septiembre de 2002 en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York.

⁴²⁰ **Estatuto de Roma Artículo 123:** Revisión del Estatuto 1. Siete años después de que entre en vigor el presente Estatuto, el Secretario General de las Naciones Unidas convocará una Conferencia de Revisión de los Estados Partes para examinar las enmiendas al Estatuto. El examen podrá comprender la lista de los crímenes indicados en el artículo 5 pero no se limitará a ellos. La Conferencia estará abierta a los participantes en la Asamblea de los Estados Partes y en las mismas condiciones que ésta. 2. Posteriormente, en cualquier momento, a petición de un Estado Parte y a los efectos indicados en el párrafo 1, el Secretario General de las Naciones Unidas, previa la aprobación de una mayoría de los Estados Partes, convocará una Conferencia de Revisión de los Estados Partes. 3. Las disposiciones de los párrafos 3 a 7 del artículo 121 serán aplicables a la aprobación entrada en vigor de toda enmienda del Estatuto examinada en una Conferencia de Revisión.

También en esta parte existe una disposición de transición, según la cual, un Estado al hacerse parte del Estatuto podrá declarar que durante un período de 7 años, no aceptará la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra, cuando se denuncie la comisión de uno de ellos por sus nacionales o en su territorio. Finalmente, el Estatuto quedó abierto para firma hasta el 31 de diciembre del 2000. A partir de esa fecha quedó abierto a la adhesión de cualquier Estado. Los países iberoamericanos se han manifestado reiteradamente a favor de la Corte Penal Internacional. 17 de los 21 países de la región americana firmaron el Estatuto de Roma y 14 lo han ratificado.

4.5.2 Estructura y Funcionamiento de la Corte Penal Internacional.

En base al artículo 34 del Estatuto de Roma⁴²¹, la Corte Penal Internacional se compone de cuatro órganos: La Fiscalía, la Secretaría, la Presidencia, una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares. Dentro de su organización, la Corte Penal Internacional tiene como órgano rector y soberano a la Asamblea de Estados Partes. En este órgano democrático se tomarán las decisiones fundamentales concernientes al funcionamiento de ésta, como lo es la aprobación de las reglas de procedimiento y prueba, los elementos del crimen, las reformas y enmiendas al Estatuto de la Corte, etc.

Asimismo, es la Asamblea la que selecciona a aquellas personas que han de tomar los puestos más importantes de la Corte: los

⁴²¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Artículo 34: Órganos de la Corte: La Corte estará compuesta de los órganos siguientes: a) La Presidencia; b) Una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares; c) La Fiscalía; d) La Secretaria

Magistrados, Fiscal y Fiscal Adjunto, Secretario y Secretario Adjunto, entre otros. En esta estructura, a la Presidencia y Secretaría corresponden funciones principalmente administrativas o coadyuvantes de la función judicial. A la Fiscalía y Secciones corresponde el ejercicio de funciones propiamente judiciales. Por otro lado, es importante hacer resaltar que la fiscalía funcionará de manera independiente. Asimismo, de acuerdo con el artículo 1º del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional es una Institución de carácter permanente⁴²².

4.5.3 Delitos Competencia de la Corte Penal Internacional.

Como se menciona anteriormente, la Corte es un órgano jurisdiccional internacional especializado, con jurisdicción únicamente sobre personas físicas respecto a ciertas conductas calificadas por el propio Estatuto de Roma como crímenes de trascendencia internacional. En cuanto a su competencia, hay que añadir algunos datos esenciales respecto a sus aspectos personales y materiales. En cuanto a la competencia personal⁴²³, cabe decir que se establecen una serie de principios complementarios, y entre ellos: a) Se excluye de la

⁴²² Por lo tanto, sus funcionarios tendrán que desempeñar sus cargos de manera continua y exclusiva en la sede de la Corte en La Haya, Holanda

⁴²³ **SALAS MORALES, Elisa Aracely Op cit. P.23** De acuerdo al Artículo 6º del Estatuto, El Tribunal Internacional tiene competencia para establecer la responsabilidad penal de "personas físicas."

⁴²³ Estatuto de Roma Para La Corte Penal Internacional. Artículos 5 al 8: Artículo 5: "Crímenes de la competencia de la Corte 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad..." Art. 7 Artículo 7 "Crímenes de lesa humanidad 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: i) Desaparición forzada de personas... 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 período prolongado"... Artículo 8: "Crímenes de guerra 1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes..."

competencia de la Corte a los que fueran menores de dieciocho años, en el momento de producirse los hechos.

b) Se establecen varios grados de participación en los crímenes lo cual puede extender la condena más allá de los autores directos de los crímenes, por ejemplo, a los inductores, cómplices o encubridores; c). Se disponen principios básicos en cuanto a las responsabilidades de los cabos y otros comandos militares; d) Se admiten ciertas causas que pueden eximir de la responsabilidad penal a los acusados, así como la posibilidad de que la misma sea atenuada. En cuanto a la competencia material, la Corte por ahora tiene únicamente competencia hacia los tipos penales que se e estipulan en su Estatuto⁴²⁴:

4.5.3.1 Genocidio⁴²⁵

En el artículo 6 del Estatuto de Roma se tipifica el genocidio como: “cualquier acto, perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”. Un ejemplo de este tipo de crímenes lo constituye la política militar de “tierra arrasada” implementada durante el conflicto armado interno en El Salvador, el cual consistía en eliminar poblaciones civiles especialmente en el oriente del país, con el fin de expropiar a los campesinos de sus tierras y erradicar las guerrillas.

Es importante hacer resaltar que el delito de genocidio tiene cuatro elementos generales. Por un lado requiere la existencia de un grupo

⁴²⁴ **Ibíd.**

⁴²⁵ <http://www.definicionabc.com/general/genocidio.php> visitado el 10 de Agosto de 2011. De acuerdo a lo que sostiene la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio, por genocidio se entenderá cualquiera de estas acciones: matanza de los miembros de un grupo determinado, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros de ese grupo, sometimiento intencional del grupo a ciertas condiciones que desemboquen en la destrucción física total o parcial, medidas orientadas a posibilitar nacimientos de ese grupo y el traslado por la fuerza de niños de ese grupo a otro grupo.

determinado de personas (elemento grupal). También debe haber una conducta típica (elemento de la conducta), y por otro lado, se requiere una intencionalidad especial (elemento intencional). Finalmente se requiere que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción (elemento contextual).

4.5.3.2 Crímenes de Lesa Humanidad⁴²⁶

Al hacer referencia a este delito, debe entenderse como uno de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, debido a que lesiona los derechos humanos de las poblaciones afectadas y va más allá de las fronteras en donde el delito fuere emanado, por lo que justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta impermisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo.

Los actos que constituyen este tipo de delitos, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático y un conocimiento de dicho ataque son según el Artículo 7 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o

⁴²⁶ Documentos oficiales de la Asamblea General, noveno periodo de sesiones. Suplemente No. 9 (A/2693 y Corr. 1) Pág. 10-11. Citado en Colombia Nunca Mas Crímenes de Lesa Humanidad. Pág. 84. Debemos entender por crímenes de lesa humanidad (Son) los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia

colectividad con identidad propia⁴²⁷, desaparición forzada de personas, el crimen de Apartheid, y finalmente otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

4.5.3.3 Crímenes de Guerra⁴²⁸

En cuanto a los crímenes de guerra, el Estatuto tendrá competencia en ellos, en particular cuando se cometan como parte de un plan, política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Ahora bien, como crímenes de guerra se entenderán todas aquellas infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Así pues, el Estatuto diferencia entre: violaciones a los Convenios de Ginebra y otras violaciones graves. Por otro lado hace la distinción entre conflictos armados internacionales y conflictos armados de índole no internacional.

4.5.3.4 Crímenes de Violencia Sexual y/o de Género

Las conductas de violencia sexual definidas en el Estatuto de Roma son constitutivas de crímenes de guerra o de lesa humanidad. En general las conductas específicas sobre violencia sexual y/o de género señaladas en él son: la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esterilización forzada. La Corte deberá poder adoptar ciertas medidas para proteger a las mujeres que han sido víctima de estos actos, y a sus familias, contra toda represalia y padecimientos innecesarios a los que pudieran verse expuestas en un

⁴²⁷ **SALAS MORALES, Elisa Aracely** Op cit. P 26. Fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, desaparición forzada

⁴²⁸ Según el párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto de Roma, este crimen lo constituye todos aquellos actos inhumanos cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

juicio público, sin perjuicio de los derechos de los sospechosos y acusados a un juicio justo⁴²⁹.

4.6 Los Principios de la Corte Penal Internacional⁴³⁰

Los principios que se enmarcan dentro del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se encuentran: el principio de irretroactividad, universalidad y la complementariedad.

4.6.1 Irretroactividad

La competencia de la Corte Penal Internacional no es retroactiva, es decir, que los hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (al momento de adhesión de los Estados al Estatuto de Roma), no serán juzgados por la Corte; Sin embargo, si el Estado parte del Estatuto de Roma, da su consentimiento expresamente acerca de extender la competencia de la Corte Penal Internacional a hechos anteriores, ésta juzgará estos crímenes tal y como lo solicitó el Estado.

4.6.2 Universalidad

La competencia de la Corte Penal Internacional, exceptuando cuando la ejerza a instancias del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, aplicará en relación a los hechos que se presuman sucedidos en el territorio de los Estados Partes o de aquellos Estados que sin ser parte acepten su competencia, pues se produciría cuando actuando la CPI a instancias de un Estado parte o del Fiscal, los hechos no hubiesen tenido lugar en el territorio de los Estados

⁴²⁹ **SECRETARIADO INTERNACIONAL, CORTE PENAL INTERNACIONAL**, 16 Principios fundamentales para una Corte Justa, imparcial y eficaz, Editorial Amnistía Internacional (EDAI) España, 1998 P.3. El Estatuto deberá facilitar, además, la selección de mujeres para lograr una representación equilibrada de mujeres y hombres en todos los órganos de la Corte.

⁴³⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Corte_Penal_Internacional#Principios_aplicables visitado el 10 de Agosto de 2011 El funcionamiento de la Corte se rige por una serie de normas y principios que lo transforman en un tribunal especial, sólo para conocer casos realmente particulares

mencionados y el presunto autor no sea tampoco nacional de dichos Estados. No se puede decir, en este sentido, que su competencia sea plenamente universal⁴³¹.

No obstante a ello, los países iberoamericanos se han manifestado reiteradamente a favor de la Corte Penal Internacional. 17 de los 21 países de la región firmaron el Estatuto de Roma y 14 lo han ratificado⁴³². El reto de consolidar sociedades democráticas exige combatir la impunidad por graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, tales como las que han marcado la historia iberoamericana de recientes décadas y prevenir su repetición. Sin duda alguna la efectividad de la Corte Penal Internacional es un objetivo difícil de alcanzar.

4.6.3 Complementariedad

El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional implica, en principio, una relación subsidiaria entre la justicia estatal de cada Estado miembro y la Corte Penal Internacional. Por lo que se pretende que los jueces de los Tribunales Nacionales de justicia puedan ejercer jurisdicción sobre los crímenes internacionales perpetrados en su territorio, basándose en el principio de territorialidad del Derecho Penal. Los Estados tendrán responsabilidad primaria de investigar y juzgar la presunta comisión de crímenes definidos en el Estatuto de Roma⁴³³.

⁴³¹ A las propias limitaciones de la competencia de la Corte, marcada en particular por el número de Estados Partes del Estatuto, hay que añadir la significativa negativa de Estados Unidos, China y Rusia a aceptar por ahora el Estatuto y, por lo tanto, la jurisdicción internacional; en esos términos, la universalidad del proyecto se ve disminuida y condicionada, aún más si se pone de manifiesto que Estados Unidos está creando una red de tratados bilaterales con Estados partes y otros Estados que aún no lo son, que les garantizan que sus nacionales no serán procesados legalmente por la Corte.

⁴³² En Centroamérica Guatemala, Nicaragua y Honduras se encuentran en proceso de aprobar, ratificar, aceptar o adherirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

⁴³³ <http://www.mailxmail.com/curso-derecho-internacional-publico-corte-penal-internacional-sus-alcances/corte-penal-internacional-principio-complementariedad> sitio visitado el 10 de Agosto de 2011. para que pueda acudir a la Corte Penal Internacional, es necesario que previamente,

Sólo en los casos en que los Estados fallen en la aplicación de la justicia, sea por falta de voluntad o por incapacidad para juzgar a los responsables de los delitos de trascendencia internacional. La Corte Penal Internacional tiene el poder de iniciar una investigación y juzgar el caso, es en estos casos en que la Corte Penal Internacional se vuelve complementaria. Es importante resaltar que los Estados deberán definir dentro de su legislación interna todos y cada uno de los crímenes de derecho internacional de competencia complementaria con la Corte Penal Internacional.

La relación de complementariedad tiene dos elementos básicos: Primero, la no competencia de la Corte Penal Internacional en caso de concurrencia con una jurisdicción estatal en orden a la investigación y procesamiento (excepto en los supuestos en que el Estado no está realmente dispuesto o no puede investigar el proceso o juzgar al presunto responsable); y segundo, el respeto de lo juzgado estatalmente, siempre y cuando la causa no obedezca al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o el proceso no haya sido desarrollado de forma independiente e imparcial.⁴³⁴.

4.7 Análisis de Aspectos Relevantes de la Convención Internacional de Naciones Unidas Sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

La Convención establece el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, así como el derecho de los familiares de las personas desaparecidas a conocer la verdad. El Convenio contiene varias

como regla general, se hayan agotado los procedimientos de jurisdicción interna. Si bien es cierto que existen excepciones a la regla de agotamiento jurisdicción interna, contempladas en el artículo 17 del Estatuto de Roma, la regla general es que se deben agotar, necesariamente, los procedimientos de jurisdicción interna, lo que presupone una sentencia ya sea condenatoria o absolutoria

⁴³⁴ Es de resaltar que la Corte Penal Internacional no tiene capacidad establecida para revisar condenas a muerte dictadas por las jurisdicciones estatales, teniendo en cuenta que él no puede imponer esta pena debido a su naturaleza

disposiciones relativas a la prevención, investigación y sanción de este delito, igualmente al derecho de las víctimas y sus familiares y el traslado ilícito de niños nacidos durante el cautiverio. También señala la obligación de la cooperación internacional, tanto en la supresión de la práctica y en el tratamiento de los aspectos humanitarios relacionados con el crimen. De la misma forma establece un Comité contra la Desaparición Forzada, que será encargado a funciones importantes e innovadores de la vigilancia y protección en el plano internacional.⁴³⁵

Cabe destacar que el 23 de diciembre 2010, después de casi cuatro años de su aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas finalmente llegó a la 20ª ratificación que era necesario para su entrada en vigor. Esta Convención ha sido el último cuerpo normativo creado a nivel internacional con respecto al tema de la desaparición forzada de personas, éste no supera en contenido a la Convención Interamericana sobre desapariciones forzadas sino al contrario parece ser más permisivo.

Esta Convención gira en torno a cuatro ejes fundamentales⁴³⁶ los cuales son:

a) *Combatir la impunidad.* La Convención impone a los Estados la obligación de hacer comparecer ante la justicia a los autores de

⁴³⁵<http://derechoalaverdad.blogspot.es/1294082640/convencion-internacional-contra-desapariciones-forzadas-entro-en-vigor-con-21-estados/> sitio visitado el 08 de agosto de 2011. Irak fue el 20º país que ratificó este tratado internacional, posteriormente Brasil hizo lo propio, por lo tanto la convención entró en vigor con 21 Estados miembros.

⁴³⁶**Las Personas Desparecidas**, Una guía para los parlamentarios en <http://www.icrc.org.PDF> sitio visitado el 09 de Agosto de 2011, La Unión Interparlamentaria sabe de la necesidad de los Estados de adoptar una política nacional global sobre las personas desaparecidas que abarque todas las medidas necesarias para evitar la desaparición de personas, averiguar lo sucedido a las personas dadas por desaparecidas, responder a las necesidades de los familiares de las personas desaparecidas, reconocer los hechos y determinar las responsabilidades en los acontecimientos que dieron lugar a las desapariciones en situaciones de conflicto armado o de violencia interna y en el caso de las desapariciones forzadas.

desapariciones forzadas (Art. 6 de la Convención⁴³⁷). No se trata sólo de las personas que hayan cometido ese delito en su propio territorio, sino también de los casos donde la infracción alegada corresponde a otra jurisdicción. En esos casos, los Estados deben enjuiciar o extraditar al sospechoso, para que no pueda escapar a la justicia.

b) Prevención. La Convención prevé algunos procedimientos como salvaguardias para impedir las desapariciones: deben registrarse los datos de toda persona privada de libertad en un lugar oficial; todos sus desplazamientos deben ser consignados. Y, lo que es más importante aun, toda persona privada de libertad debe ser autorizada a tener contactos con el mundo externo y, en particular, a comunicarse con sus familiares y su abogado. Éstos tienen el derecho a ser informados de la detención y del lugar donde se encuentra la persona.

c) Derechos de las víctimas. Esta Convención es la primera que reconoce explícitamente que las víctimas de la desaparición forzada no son sólo las personas desaparecidas, sino también sus allegados. Da a los familiares el derecho a saber lo sucedido a la persona desaparecida y reconoce a las víctimas de desaparición forzada el derecho a recibir una reparación por el agravio del que han sido objeto.

d) Aplicación. Se crea un comité internacional de diez expertos independientes para seguir de cerca la aplicación de la Convención. Para ello, los expertos recibirán informes de los Estados, pero también podrán recibir quejas de particulares. La Convención también prevé un

⁴³⁷ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas Artículo 6: “Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: a) A toda persona que cometa, ordena o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma; b) o al superior que: haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían a cometer un delito de desaparición forzada o haya hecho conscientemente caso omiso de información que lo indicase claramente...3. No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese de desaparición forzada...”

procedimiento de habeas corpus que permite a los familiares o a otras personas que teman que una persona ha sido víctima de desaparición forzada dirigirse directamente a ese comité internacional y, si su queja está justificada, éste solicitará al Estado que busque a la persona desaparecida para saber dónde se encuentran.

4.7.1 Proceso de Elaboración de un Nuevo Instrumento Internacional Sobre la Desaparición Forzada: La Convención Internacional de Naciones Unidas Sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas

En las últimas décadas se adoptaron algunos instrumentos para luchar contra las desapariciones forzadas. Las siguientes iniciativas, pese a su gran importancia, presentan limitaciones. En 1992 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Dicha declaración representó una importante referencia sobre el tema de la desaparición forzada, dado que afirmaba por primera vez, a nivel internacional, una serie de principios fundamentales⁴³⁸

En 1994 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas el 9 de junio, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigencia el 28 de marzo de 1996. Esta primera Convención sobre desapariciones forzadas representó un avance significativo en la legislación de derechos humanos porque reconoce que la desaparición forzada es un delito permanente⁴³⁹.

⁴³⁸ Definición acordada sobre el delito, obligación de codificarlo como un delito autónomo bajo leyes penales nacionales, prohibición de garantizar amnistías o medidas similares a personas acusadas de desaparición forzada.

⁴³⁹ Art. 5 de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: La practica generalizada y sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como esta definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional

Asimismo impone a los Estados la obligación de codificarlo como un delito específico en la legislación nacional, y les quita a los tribunales militares o especiales, la competencia de juzgar a los culpables.

El 18 de julio 1998 el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se adoptó para establecer una Corte Penal Internacional. Entró en vigencia el 1 de julio de 2002. Dicho instrumento incorporaba la desaparición forzada, por primera vez en la legislación penal internacional, en la lista de delitos contra la humanidad “cuando se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil”⁴⁴⁰. La definición de desaparición forzada que brinda el Estatuto de Roma es ambigua.

Se refiere al concepto impreciso de “organización política” como posible agente, y presenta un cuarto elemento como constitutivo del crimen: “la intención de sustraer a la víctima de la protección de la ley durante un período prolongado”, frase indefinida que puede restarle evidencia a la prueba ante un tribunal. La competencia de la Corte Penal Internacional se limita a determinar si una persona es culpable de desaparición forzada “cuando se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil”, es decir, como un crimen contra la humanidad.

No obstante los progresos considerables hechos por la comunidad internacional a partir de 1978 como respuesta a la desaparición forzada, el fenómeno continuó expandiéndose alrededor del mundo. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones

aplicable. Por tanto al ser un crimen de lesa humanidad se convierte en un delito de carácter permanente.

⁴⁴⁰ CITRONNI GABRIELA y Otros, *Aim For Human Rights*, en www.aimforhumanrights.org sitio visitado el 7 de abril de 2011. El Estatuto de Roma de 1998 se encuadra en la naturaleza general de la legislación penal internacional, y descuida otras dimensiones de la desaparición forzada según las contemplan el derecho internacional humanitario y de derechos humanos.

Unidas ha recibido desde 1980 más de 60,000 casos de unos cien Estados. Era necesario hacer mucho más, aun si la práctica estuviera por terminar. La respuesta consistió en redactar un tratado específico (o convención internacional) contra la desaparición forzada, que resultara universal y legalmente obligatorio para los Estados.

En 1998, tras cuatro años de debate y numerosos encuentros de consulta con expertos nombrados por las Naciones Unidas y con Organizaciones No Gubernamentales, la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos adoptó el “Borrador de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada”. Este documento, que se aceptó como texto de referencia básica para los trabajos posteriores, redactado por el Grupo de Trabajo de la Subcomisión para la Administración de Justicia.⁴⁴¹

En el año 2001, cuando la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas examinó por fin el “Borrador Joinet”, resolvió nombrar aun experto especial para que considerara si un nuevo tratado sobre la desaparición forzada era realmente necesario, e informara sobre ello a la Comisión al año siguiente. El profesor Manfred Nowak (Austria) llevó a cabo dicho estudio y arribó a la conclusión de que había tantas fallas en el derecho internacional humanitario y de derechos humanos, y en la práctica concerniente a las desapariciones forzadas, que era absolutamente necesario producir un instrumento internacional especial y obligatorio para afrontar satisfactoriamente el crimen de la desaparición forzada.

La Comisión de las Naciones Unidas recibió favorablemente la recomendación, y se estableció un Grupo de Trabajo Inter-Sesional

⁴⁴¹ **Ibid.** Presidida por el experto francés Louis Joinet, quien a partir del Coloquio de París (1981) ha contribuido en forma trascendente con su sabiduría y su consejo a conseguir la aprobación final de la Convención.

Abierto, presidido por el embajador de Francia Bernard Kessedjian, con el mandato de preparar un instrumento normativo legalmente obligatorio para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. El Grupo utilizó el “Borrador Joinet” y el “Informe Nowak” para orientar su tarea.⁴⁴² El texto de la Convención fue aprobado el 29 de junio de 2006 por el Consejo de Derechos Humanos, el 13 de noviembre de 2006 por el Tercer Comité de las Naciones Unidas.

Y, finalmente, el 20 de diciembre del mismo año por la Asamblea General misma. El 6 de febrero de 2007 se abrió la Convención para las firmas durante una importante ceremonia diplomática en París, en la que 57 Estados estamparon sus firmas. La Convención entraría en vigencia 30 días después de que la 20ª ratificación sea depositada ante el Secretario General de las Naciones Unidas en Nueva York. En otras palabras: veinte Estados deben cumplir con el proceso de ratificación para que la Convención pueda volverse cabalmente operativa⁴⁴³.

4.7.2 Importancia de la Convención Internacional de Naciones Unidas Sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

Esta Convención se vuelve importante porque contiene una definición universalmente consensuada sobre la desaparición forzada constituida por tres elementos: a) La privación de la libertad contra la voluntad de una persona mediante el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma; b) El involucramiento de agentes del Estado o personas y grupos que actúan con el apoyo, la tolerancia o la aquiescencia del Estado. Esto incluye a actores no gubernamentales que

⁴⁴² Se reunieron por primera vez en Ginebra en enero de 2003 se mantuvo después 2 sesiones por año, y concluyó su trabajo el 23 de setiembre de 2005 con la aprobación unánime del borrador definitivo de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada.

⁴⁴³ Se ocupa de manera amplia de la desaparición forzada. Fue adoptada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas. el 20 de diciembre de 2006, y se abrió a las firmas en París el 6 de febrero de 2007.

operan con apoyo oficial (paramilitares, escuadrones de la muerte); y c) La negativa a reconocer la detención de la víctima y el ocultamiento de su suerte y paradero⁴⁴⁴.

Su propósito principal es ayudar y obligar a los Estados a proteger a las personas contra la desaparición forzada mediante el logro de los siguientes objetivos: a) Derrotar la impunidad; b) Prevenir que ocurran nuevas desapariciones forzadas; y c) Defender los derechos de los desaparecidos y de sus familias. La Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece el derecho absoluto y no derogable de la persona a no ser desaparecida.

Nos proporciona una definición amplia y consensuada de la desaparición forzada⁴⁴⁵. La que constituye un crimen contra la humanidad en el contexto de una generalizada y sistemática violación de los derechos humanos. Los Estados deben perseguir también a los agentes no estatales que cometen acciones similares a la desaparición forzada. Obligándose los Estados a incorporar la figura de la desaparición forzada en su sistema penal⁴⁴⁶. Los Estados ejercen el imperio de su jurisdicción sobre todos los responsables de la desaparición forzada. No se tolerará la impunidad. Prohíbe totalmente la detención secreta.

⁴⁴⁴ **CITRONNI GABRIELA y Otros** Op. Cit. P.17 Este ocultamiento puede ser activo o pasivo. La consecuencia es que la víctima queda colocada fuera de la protección de la ley. Este estado de indefensión legal no puede considerarse un “cuarto” requerimiento para la definición. Las personas desaparecidas no tienen acceso a medidas legales puesto que el rechazo a reconocer la detención niega efectivamente tales medidas.

⁴⁴⁵ Art. 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada: “A los efectos de la presente Convención se entenderá por desaparición forzada al arresto, detención o 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, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la negativa de 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”.

⁴⁴⁶ Art. 4 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada: Cada Estado Parte tomara las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal.

Todas las personas encarceladas deben ser protegidas de la desaparición forzada. Es obligatorio brindar un mínimo de información sobre los detenidos⁴⁴⁷. Nos proporciona además una amplia definición de víctimas de desaparición forzada, con sus derechos correspondientes. La Convención resuelve la instalación de un Comité⁴⁴⁸ contra la Desaparición Forzada, con amplia variedad de funciones para controlar que los Estados cumplan con sus obligaciones. Dicha comisión tiene las siguientes funciones: recibir informes de los países; requerir acciones urgentes, tratar denuncias individuales, entre otras.⁴⁴⁹

De acuerdo a la Convención en su Art. 7 establece que los Estados Partes consideraran delito de desaparición forzada como un hecho punible, de extrema gravedad, pudiendo establecer circunstancias atenuantes en la comisión del delito de desaparición forzada ya que éste se considera un delito de lesa humanidad y en el caso de no poder establecer en el Estado Parte como tal, se le aplicara la pena de máxima gravedad.

La Convención garantiza el derecho a informar inmediatamente a las autoridades sobre un nuevo caso de desaparición forzada y a que éstas realicen una investigación urgente, completa e imparcial. Más aún, obliga a los Estados a no poner obstáculos que puedan demorar el acceso a la verdad. Cuando ocurre una desaparición forzada, es de crucial importancia que los entes independientes realicen las

⁴⁴⁷ Art. 17 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada lit. "e) Cada Estado Parte asegurara el establecimiento y mantenimiento de uno o varios registros oficiales y/o expedientes oficiales de las personas privados de libertad que bajo requerimiento serán rápidamente puestos a disposición de toda autoridad o institución competente de acuerdo con la legislación nacional o cualquier instrumento jurídico internacional relevante del que el Estado sea Parte..."

⁴⁴⁸ Art. 26 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada: Para la aplicación de las disposiciones de la presente Convención se constituirá un Comité contra la desaparición forzada (denominado en lo sucesivo "El Comité") integrado por diez.

⁴⁴⁹ Además se encargara de tratar denuncias inter-estatales; realizar misiones y visitas "in loco", presentar informes a la asamblea general de las Naciones Unidas sobre la existencia de una práctica extendida y sistemática de desaparición forzada.

investigaciones en forma urgente, incluso en ausencia de una denuncia formal. Mientras transcurren las investigaciones, los testigos, los familiares de desaparecidos y sus abogados, y quienes llevan adelante la investigación, deben recibir protección contra toda intimidación y malos tratos.⁴⁵⁰

La Convención obliga a cada Estado a juzgar, extraditar para ser enjuiciados en el extranjero o enviar ante un tribunal internacional (por ejemplo, la Corte Penal Internacional) a todos los acusados de haber cometido delitos de desaparición forzada que vivan en dicho Estado, aun si los delitos se han perpetrado en otro país. La Convención instituye asimismo la jurisdicción universal obligatoria, lo cual significa que los Estados pueden reclamar se aplique la jurisdicción penal a cualesquiera responsables de desapariciones forzadas cometidas fuera de las fronteras de ese Estado. Sin embargo, en la práctica hace falta algún nexo entre el Estado acusador y el responsable o la víctima⁴⁵¹.

4.7.2.1 Reparación del Daño.

La Convención establece la reparación integral para las víctimas⁴⁵². El derecho de las víctimas a obtener reparación tiene el significado de una

⁴⁵⁰ Art. 12.1. de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada. Cada Estado Parte velará por que toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, quienes examinarán rápida e imparcialmente la denuncia y, en su caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial. Se tomarán medidas adecuadas, en su caso, para asegurar la protección del denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como de quienes participen en la investigación, contra todo maltrato o intimidación [...]

⁴⁵¹ Art. 9.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada: Cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción; b) Cuando el presunto autor del delito sea nacional de ese Estado; c) Cuando la persona desaparecida sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Art. 9.2.:Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido.

⁴⁵² Art. 24.4 y 24.5: "Los Estados Partes velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada. El derecho a la reparación comprende todos los daños materiales y morales y, en su

retribución por el daño sufrido. Está destinado a compensar la pérdida física y psicológica sufrida por las víctimas⁴⁵³. El pago de la compensación pecuniaria no es suficiente. Hacen falta otras medidas de reparación: La información sobre la suerte y paradero de la víctima directa la persecución y castigo legal a los responsables, la devolución de los restos mortales a las familias respectivas, medidas de libre asistencia médica y psicológica, para la rehabilitación y tratamiento.

La Convención obliga a los Estados a adoptar medidas prácticas que permitan a los familiares de los desaparecidos continuar con sus vidas por medio de leyes civiles y prácticas administrativas que respondan a necesidades específicas. Luchar contra la desaparición forzada implica un estado de incertidumbre para la familia afectada. Hay que resolver una cantidad de problemas prácticos sobre las actividades cotidianas de los desaparecidos⁴⁵⁴

4.7.2.2 Prevención

La Convención garantiza que nadie será sometido a una detención secreta. Esto significa que los Estados deben mantener a todos los detenidos en lugares oficialmente reconocidos con el fin de que sus allegados puedan localizarlos fácilmente y la ley pueda protegerlos⁴⁵⁵. Los

caso, otras modalidades de reparación tales como: a) La restitución; b) La rehabilitación; c) La satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación; d) Las garantías de no repetición”.

⁴⁵³ **CITRONNI GABRIELA y Otros Op. Cit** P.23 Algunos países han implementado la reparación aunque no sea monetaria que establece la Convención para reparar los daños morales y materiales. Estas incluyen: La localización, exhumación e identificación de los restos mortales con su devolución a los allegados, la realización de investigaciones exhaustivas, persecución y castigo legal a los responsables de las desapariciones forzadas, los actos de conmemoración en que las autoridades públicas reconocen su responsabilidad y piden disculpas en nombre del Estado, la construcción de memoriales en honor de los desaparecidos, el establecimiento de libre asistencia médica y psicológica a los familiares, la garantía de subsidios a las familias de desaparecidos, la creación de sistemas de bancos de datos genéticos para facilitar la identificación por ADN, campañas públicas en los medios para encontrar e identificar a los niños desaparecidos.

⁴⁵⁴ Art. 24.6: “Cada Estado Parte adoptará las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y la de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad.”

⁴⁵⁵ Art. 17.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzadas: Nadie será detenido en secreto

Estados deben mantener registros oficiales de todos los detenidos. Estos registros han de contener al menos un mínimo de información (identidad de los detenidos, fecha, hora, lugar y motivo del arresto, estado de salud y autoridad a cargo). Los Estados deben garantizar el acceso a esta información a toda persona que tenga un interés legítimo.

Los Estados tienen la obligación de castigar a los agentes que no llevan registro de las detenciones o se niegan a brindar información sobre las personas privadas de libertad. Esta obligación puede provocar malentendidos cuando el derecho a la privacidad permita a los detenidos la opción de que no se revele su encarcelamiento.⁴⁵⁶ Ese derecho a la privacidad debe respetarse, pero nunca puede volverse una excusa para la existencia de prisioneros “fantasmas”. Es fundamental que las autoridades asuman totalmente la responsabilidad de respetar los derechos de las personas privadas de libertad.

Tal y como lo expresa la Convención en su Art.17 numeral 3: “Cada Estado Parte asegurará el establecimiento y el mantenimiento de uno o varios registros oficiales y/o expedientes actualizados de las personas privadas de libertad, que bajo requerimiento serán rápidamente puestos a disposición de toda autoridad judicial o de toda otra autoridad o institución competente...” La Convención establece las medidas a seguir cuando las víctimas de desaparición forzada sean niños o niñas⁴⁵⁷ (los cuales pueden ser aun bebés).

⁴⁵⁶ Es fundamental que las autoridades asuman totalmente la responsabilidad de respetar los derechos de las personas privadas de libertad. (Art. 17.3 Cada Estado Parte asegurará el establecimiento y el mantenimiento de uno o varios registros oficiales y/o expedientes actualizados de las personas privadas de libertad, que bajo requerimiento serán rápidamente puestos a disposición de toda autoridad judicial o de toda otra autoridad o institución competente...).

⁴⁵⁷ Art. 25: Los Estados Parte 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

En cuyo caso los Estados deben prevenir y sancionar legalmente la apropiación de: a) Los niños o bebés sujetos ellos mismos a desaparición forzada; b) Los niños cuyos padres son desaparecidos; c) Los bebés nacidos durante el cautiverio clandestino de sus madres embarazadas. Más aún, los Estados deben prevenir y sancionar la falsificación, ocultamiento o destrucción de documentos que atestigüen la verdadera identidad de dichos niños.

La Convención obliga a los Estados a disponer procedimientos legales para revisar e incluso anular una adopción autenticada si es necesario, guiándose siempre por el principio del interés superior del niño. El tratado establece la obligación de los Estados de cooperar enteramente en la búsqueda, ubicación e identificación de los posibles hijos de desaparecidos. Se conocen casos de hijos de desaparecidos (especialmente los bebés recién nacidos de mujeres embarazadas capturadas en América latina) adoptados ilegalmente incluso por parejas que han sido cómplices en la desaparición forzada de las madres⁴⁵⁸.

4.7.2.3 Órgano de Seguimiento.

La Convención establece un Órgano de control el cual se encargará de volver efectivo el cumplimiento de dicho cuerpo normativo. Éste órgano de control es el Comité, para supervisar, garantizar su implementación. El Comité se encuentra dirigido por expertos independientes cuyas funciones principales son:

- *Informes de los países:* La Convención establece informes de los Estados como parte de las obligaciones que impone el tratado. Cada Estado Parte presentará tales informes en un plazo de dos años

⁴⁵⁸ CITRONNI GABRIELA y Otros Op. cit. P 24 Estos hijos, actualmente jóvenes adultos, en muchos casos no conocen su verdadera identidad como hijos de desaparecidos.

después de la entrada en vigencia de la Convención en ese país. Una vez estudiado el informe, el Comité enviará comentarios, hará recomendaciones e incluso reclamará un informe adicional dentro de determinado plazo si no le satisface el progreso del Estado en cuestión. El Comité tiene amplias atribuciones respecto de esto. Puede requerir, por ejemplo, informes tan frecuentes como sea necesario y por parte de diferentes Estados Parte.

- *Petición de acción urgente:* El Comité realizará acciones urgentes para buscar y encontrar a los desaparecidos en casos que acaben de ocurrir en jurisdicción de un Estado Parte. Los familiares o cualquier persona con legítimo interés en dichos casos ponen en marcha la búsqueda en el momento de denunciarlos. El Comité tendrá un mecanismo establecido para manejar un caso con la máxima urgencia. Puede incluso requerir al Estado medidas cautelares para proteger a la víctima. Hasta ahora los familiares de desaparecidos presentaban los casos recientes ante el Grupo de Trabajo sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de las Naciones Unidas. El secretario del Grupo de Trabajo podía comunicar inmediatamente la situación al Estado para buscar y encontrar en forma urgente a la persona⁴⁵⁹.

- *Comunicaciones Individuales:* Si un Estado Parte ha expresado su aceptación de la competencia del Comité, éste puede recibir y examinar las comunicaciones que aleguen violaciones de la Convención presentadas por los familiares u Organizaciones No Gubernamentales a favor del desaparecido. El Comité puede entonces examinarlas y tomar decisiones sobre cada circunstancia que surge en el diálogo con el Estado en cuestión. El informe final con sus conclusiones tendrá una naturaleza cuasi judicial.

⁴⁵⁹ **Ibíd.** Se consideraba que era un pedido estrictamente humanitario y, como tal, no tenía por qué satisfacer todas las condiciones normalmente necesarias, como la de haber agotado todas las instancias nacionales antes de presentar una denuncia internacional.

- *Comunicaciones entre Estados, misiones y visitas a los países:* Si la competencia del Comité para tratar los reclamos ha sido aceptada por un Estado Parte, este puede iniciar un procedimiento sobre comunicaciones entre Estados y el Comité puede implementarlo. Además si el Comité dispone de información sobre violaciones de la Convención en determinado Estado Parte, puede pedirle a dicho país que acepte recibir una misión para comprobar el hecho ocurrido en su jurisdicción, después de haber consultado al gobierno y haber recibido su aprobación. Pueden emitirse recomendaciones urgentes y tomarse medidas de seguimiento de la situación⁴⁶⁰.

4.8 La Desaparición Forzada en el Derecho Comparado.

La desaparición forzada de personas, circunscribiendo un poco más el concepto, como se ha planteado a lo largo del trabajo, es una práctica gubernamental desarrollada al comienzo de la década de los 60⁴⁶¹, básicamente se da cuando hay motivos razonables para creer que una persona ha sido detenida por las autoridades o con su consentimiento, y las mismas niegan tal hecho. Los llamados escuadrones de la muerte quienes protagonizan la primera fase de la práctica actual de las desapariciones por motivos políticos, sembrando el terror en ciertos países de América Latina, desde estos tiempos, el término Desaparición Forzada o involuntarias de personas ha cambiado de acepción con

⁴⁶⁰ Estas visitas resultan muy provechosas dado que brindan a los familiares de desaparecidos una ocasión única de presentar sus casos y denunciar públicamente lo que está sucediendo. Con frecuencia esto ha conmovido a la opinión pública internacional y a los medios, logrando una presión creciente para que los Estados reaccionen. Los informes que se publican al término de cada visita o misión a un país incluyen conclusiones y recomendaciones importantes que los Estados están obligados a implementar.

⁴⁶¹ **MENDEZ VIVANCO, Juan**, *Disappearances and the Interamerican Court: reflections and Litigation Experience*. Vol. 13, San José, Costa Rica, 1990- III Pág. 63. Tras la instauración de las dictaduras militares en sur América en países como Argentina y Chile acontecieron los más extremos y masivos casos de desapariciones cuya denuncia por familiares, asociaciones y personas relevantes de la lucha por los derechos humanos, lo cual llevaría posteriormente al desarrollo de una jurisprudencia internacional especial y el reconocimiento del delito de lesa humanidad de desaparición forzada, perseguido por el Tribunal Penal Internacional.

respecto a aquella primer época Nazi, volviéndose un medio de represión política. Los desaparecidos son aquellos cuyo paradero es desconocido durante y a causa de un conflicto armado, a causa de ello los países latinoamericanos empiezan a considerar que las formas más recientes, extendidas y graves de violación a los derechos humanos están representadas por los desaparecidos, llevados a cabo por agentes del Estado con su apoyo o tolerancia⁴⁶².

4.8.1 La Desaparición Forzada en México

En el ámbito mexicano la desaparición forzada de personas no es ajena al resto de países del continente latinoamericano, ya que a lo largo de su historia este fenómeno ha sido ejecutado en la población civil, Amnistía Internacional, FEDEFAM y otros organismos de derechos humanos sostienen que, en poco más de veinte años en 1966 a 1986, noventa mil personas fueron víctimas de esta aberrante práctica en diferentes países de América Latina incluyendo México, Perú y El Salvador, esto producto de una política continental de dominación y dictaduras militares que hasta el día de hoy siguen manteniendo control en la política interna de algunos países⁴⁶³.

Fueron refinando el método este adquirió ciertas características que es posible establecer en nivel general: a) Las desapariciones forzadas forman parte del trabajo de la inteligencia militar; b) Su práctica es centralizada y dirigida desde el más alto nivel de decisión militar en orden descendente a través de los aparatos de inteligencia; c) Es

⁴⁶² **CONVENCION SOBRE DESAPARECIMIENTO FORZADO**, proyecto aprobado en Lima, Perú, noviembre de 1982, FEDEFAM, pág. 4. En América del Sur, esta práctica fue común especialmente en Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y Perú, aunque destacan los casos de Argentina y Chile tanto por la intensidad de su aplicación como mecanismo de Terrorismo de Estado, por la cantidad de víctimas resultantes de estas prácticas y por la trascendencia histórica de los efectos provocados en miles de familias.

⁴⁶³ En <http://www.ilustrados.com/tema/1954/Acabar-desaparicion-forzada-Mexico-tarea-colectiva.html> sitio web visitado el 17 de agosto de 2011. Amnistía Internacional, FEDEFAM y otros organismos de derechos humanos sostienen que, en poco más de veinte años (1966-1986), noventa mil personas fueron víctimas de esta aberrante práctica en diferentes países de América Latina. Producto de una política continental de dominación, las desapariciones no son un rasgo exclusivo de las dictaduras militares.

clandestina. Desarrolla un aparato que incluye grupos operativos, locales de reclusión, vehículos, armamento, disfraces; médicos y psiquiatras que contribuyen en la fase del interrogatorio; etc.; y, d) Desarrolla a la par una campaña de manipulación psicológica en búsqueda de la aceptación social del método y el resguardo de su impunidad⁴⁶⁴.

En México la práctica de la detención desaparición se inició a finales de los años 60's. Sigue las mismas pautas latinoamericanas, fue una política de Estado, realizada por el ejército, cuerpos policíacos y sus instituciones como en todos los países latinoamericanos, con el objetivo de eliminar a la oposición. Si bien el Senado mexicano ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el 10 de diciembre del 2001, agregó dos restricciones: a) Una declaración interpretativa: "se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención", en este caso no se consideró la legislación internacional ya que no la contemplaron como delito imprescriptible, como los delitos de lesa humanidad; y b) Una reserva: la del fuero militar, que significa que los militares no podrán ser juzgados en los tribunales civiles, lo que les garantizaría de cierta forma la impunidad. Restricciones que no permiten llegar al fondo: que se imparta la justicia.

Las Cámaras Federales y Estatales en el Estado mexicano tipificaron el delito de desaparición forzada y aprobaron las convenciones para la impunidad, por eso no convocaron a todas las organizaciones de familiares, a las organizaciones políticas y sociales a participar en la discusión. Ellos sabían y saben lo que estaba y está entre manos. Son discusiones nacionales e internacionales que se desarrollan desde los

⁴⁶⁴ Según la nueva Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas de la Desaparición Forzada, cada Estado Parte ha de tomar las medidas apropiadas para investigar las acciones que llevan a una desaparición forzada cometida por personas o grupos de personas que actúan sin la autorización, apoyo o conocimiento de las autoridades, y llevar a esos responsables ante la justicia.

80's, que conocen no sólo los expertos, sino todos los que han realizado algún trabajo por los desaparecidos.

Como se ha mencionado anteriormente la Organización de las Naciones Unidas cuenta con un Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el cual visitó el Estado mexicano entre el 18 y el 31 de marzo de 2011, y sostuvo más de 25 reuniones con funcionarios de los Estados de Chihuahua, Coahuila y Guerrero, según un comunicado emitido por la Secretaría de Gobernación⁴⁶⁵. Durante su estancia en el país, el grupo recibió diversos informes sobre desapariciones forzadas. Grupos civiles reportan 3,000 casos desde 2006, mientras que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, (CNDH) asegura que se ha pasado de cuatro quejas recibidas en 2006, como resultado aun de la guerra sucia en México.

Con el nombre de Guerra Sucia se conoce en México a un conjunto de medidas de represión militar y política encaminadas a disolver a los movimientos de oposición política y armada contra el Estado mexicano, gobernado por aquella época por el Partido Revolucionario Institucional. La guerra sucia en México también es llamada guerra de baja intensidad por algunos autores ya que a diferencia de lo que ocurre en otros países de América Latina, como Argentina, fue de carácter selectivo y bajo la cobertura de una prensa sometida. En México la guerra sucia es un tema poco conocido por el grueso de la población.

465

http://www.gobernacion.gob.mx/es/SEGOB/Sintesis_Informativa?uri=http%3A%2F%2Fwww.SEGOB.swb%23swbpress_Content%3A2789&cat=http%3A%2F%2Fwww.SEGOB.swb%23swbpress_Category%3A1 sitio web visitado el 17 de agosto de 2011. En ese contexto, las autoridades mexicanas informaron sobre la reciente aprobación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos que incluye disposiciones para garantizar la reparación del daño y armoniza el orden jurídico interno con los compromisos internacionales asumidos por dicho país. Igualmente, el Gobierno de México destacó la entrada en vigor de la reforma constitucional relativa al juicio de amparo y de la reforma constitucional en materia de justicia penal, la cual incluye más de 40 disposiciones que favorecen los derechos de las víctimas e incorpora el principio de presunción de inocencia y la prohibición de toda incomunicación o tortura, entre otros.

La investigación judicial sobre los crímenes del Estado contra los movimientos políticos fue abierta sólo hasta el año 2006, sin embargo, a pesar de que ha avanzado en el conocimiento de los hechos históricos, no se ha podido llegar a determinar responsabilidades legales concretas contra los que se han señalado como principales responsables de la guerra sucia⁴⁶⁶.

La guerra sucia en México dejó un número aún desconocido de muertos y desaparecidos, el número de denuncias recibidas por la Organización de las Naciones Unidas relacionadas con crímenes de Estado durante las décadas de 1960 a 1980 asciende a 374. Sin embargo, es posible que las víctimas sean muchas más. Tan sólo el Comité Eureka⁴⁶⁷ maneja un total de 557 expedientes de personas desaparecidas entre 1969 y 2001, de las cuales más de 530 corresponden a personas desaparecidas hasta la década de 1980. La mayoría de los archivos de la Nación que detallan las Operaciones de Control del Estado permanecen en secreto por razones de seguridad.

Como se puede denotar en México también se ha presentado la problemática de la desaparición forzada, con la diferencia que la política de encubrimiento ha sido superior a los demás países latinoamericanos, y es hasta el año 2011 se han recabado los casos en el Estado Mexicano, intentando con ello dar solución a los casos que se les han planteado gracias a instituciones no gubernamentales de familiares de las víctimas de este delito. Este clamor por los familiares ha tenido que ser invocado a nivel internacional, esto debido a la falta de interés por el Estado, puesto

⁴⁶⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_sucia_en_M%C3%A9xico sitio web visitado el 18 de agosto de 2011. La guerra sucia en México comprende desde el final de la década de 1960 hasta finales de los años setenta. Un suceso importante fue la represión en contra del Movimiento estudiantil de 1968. la Reforma Política de 1977 legaliza la existencia del Partido Comunista Mexicano, que había sido proscrito por el gobierno mexicano.

⁴⁶⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Comit%C3%A9_Eureka. Es una organización no gubernamental nacida en México en el marco de la Guerra Sucia contra los movimientos políticos y armados de oposición al gobierno del Partido Revolucionario Institucional en las décadas de 1970 a 1980. Fundado en 1977 con el nombre de Comité Pro-Defensa de Presos Perseguidos, Desaparecidos y Exiliados Políticos de México.

que aun teniendo ratificados los convenios estos han sido desprovistos de las herramientas jurídicas necesarias para investigar verdaderamente los hechos ocurridos y restituir los derechos de los desaparecidos entre ellos niños y niñas.

4.8.2 La Desaparición Forzada en Perú

El periodo de violencia en el Perú, desde los inicios de la década de los ochenta dejó un elevado saldo de víctimas aún no determinado con precisión por la actuación tanto de los grupos subversivos y terroristas como por parte de agentes del Estado como consecuencia de la política adoptada para hacerle frente. Un número importante de miembros de las fuerzas del orden, autoridades locales, y pobladores murieron a consecuencia de la acción terrorista. De otra parte, se produjeron numerosas desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de niños y niñas, principalmente de la sierra sur y central del país, causando gran dolor e incertidumbre en sus familias⁴⁶⁸.

Los niños y niñas son titulares de todos los derechos, libertades y garantías que le corresponden por su calidad de ser humano, incluidos aquellos que por su condición peculiar y la necesidad de atender a sus requerimientos -en razón de la gran importancia que tiene esta etapa en la vida humana- han dado origen a la conceptualización de los derechos específico⁴⁶⁹

En el Perú luego del conflicto civil se creo la Comisión de la Verdad y la Reconciliación⁴⁷⁰, la cual tuvo como tarea al igual que la comisión de la

⁴⁶⁸ <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/desap/intro.html> sitio web visitado el 18 de agosto de 2011. Las víctimas de desaparición forzada y sus familiares no han recibido por parte del Estado peruano la atención que su situación exige, ni la magnitud de su drama ha sido del conocimiento del conjunto de la sociedad debido a que en su mayoría se trataba de jóvenes campesinos pobres.

⁴⁶⁹ La especificidad de derechos implica reforzar los derechos otorgados a los seres humanos en general de cualquier edad, entendiendo a la infancia como sujetos en proceso de formación; lo que explica la protección prioritaria y superior de la infancia.

⁴⁷⁰ **La Comisión de la Verdad y de la Reconciliación (CVR)** fue una comisión peruana encargada principalmente de elaborar un informe sobre la violencia armada interna, vivida en el Perú durante el periodo entre los años 1980 y 2000. Fue creada en junio de 2001 por el presidente

verdad para El Salvador, la elaboración de un informe final en el cual se narraran los hechos de mayor violación a los derechos humanos en el conflicto bélico, de acuerdo a los testimonios recogidos, el 13.19% de las desapariciones forzadas fueron perpetradas contra personas menores de 18 años, indicando con esto que en determinadas ocasiones la práctica de la desaparición forzada tuvo un carácter indiscriminado. Estos crímenes alcanzaron tal dimensión que se registran 46 casos de niños menores de 4 años que fueron desaparecidos.

Asimismo, otras zonas de Perú que sufrieron una alta intensidad de desapariciones forzadas, son las provincias de Huancayo en Junín y Leoncio Prado en Huánuco. En diversas zonas de ese país, el no portar Libreta Electoral podía ocasionar la detención y posterior desaparición. En muchos casos, la persona que no portaba documento de identidad en el momento en que se le solicitaba durante los operativos desplegados en las vías públicas, era considerada como subversiva de manera casi inmediata. Bajo estas circunstancias, los agentes del Estado detuvieron a cientos de adolescentes entre los 16 y 17 años de edad con el argumento de que estos carecían de documentos de identidad.⁴⁷¹

En su mayoría estas desapariciones forzadas eran una manera de detener el ingreso de los menores a los grupos guerrilleros, a los cuales según estos les cortaban el suministro humano para continuar con el procedimiento bélico. Y este era un costo menor el cual el Estado estaba dispuesto a efectuar en contra de los grupos subversivos. Teniendo como consecuencia aparte de la desaparición forzada el ajusticiamiento extralegal, ya que como presento la comisión, existen casos de ejecuciones selectivas de niños y niñas cuando éstos tenían relación con

provisional Valentín Paniagua, convocando a diferentes miembros de la sociedad civil. Fue presidida por Salomón Lerner Febres, entonces rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En http://es.wikipedia.org/wiki/Comisi%C3%B3n_de_la_Verdad_y_Reconciliaci%C3%B3n_%28Per%C3%BA%29 sitio web visitado el 18 de agosto de 2011.

⁴⁷¹ **CVR. Testimonio 427505.** Tingo María, octubre de 1991. La víctima se encontraba cursando el quinto año de secundaria. Según nuestra legislación, las personas menores de 18 años de edad no cuentan con Libreta Militar ni Electoral.

algún grupo subversivo, como es el de la ejecución de un menor de 14 años. Como se puede percibir no son pocos los países latinoamericanos que han sufrido la desaparición forzada de niños y niñas, y para ilustrar un poco más el ámbito latinoamericano continuaremos con la desaparición forzada en Colombia.

4.8.3 La Desaparición Forzada en Colombia

En Colombia el inicio de la aplicación de la desaparición forzada se dio en un contexto político claro. En la década de los sesentas en Colombia existía un ambiente en donde los sectores populares y de clase media rechazaban explícitamente el Gobierno tradicional y monopólico del régimen político bipartidista. Surgieron grupos guerrilleros de izquierda⁴⁷² como las FARC⁴⁷³, el EPL⁴⁷⁴, el ELN⁴⁷⁵ y el M-19⁴⁷⁶ manifestando el rechazo a la exclusión en el juego democrático que pertenecía exclusivamente a elites colombianas, y a la figura del Frente Nacional, pacto acordado entre los dos partidos tradicionales para superar la violencia política y tener el monopolio del Gobierno negando así cualquier

⁴⁷² La mayoría de estas guerrillas surgen en los sesentas pero tienen gran acción en los setentas.

⁴⁷³ **FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA o FARC-EP** es un grupo guerrillero y narcoterrorista que se autoproclama comunista. Las FARC operan en Colombia y en las regiones fronterizas de Brasil, Ecuador, Panamá, Perú y Venezuela. Son partícipes del conflicto armado colombiano desde su conformación en 1964 y son dirigidas por un secretariado de siete miembros que estuvo bajo el comando de Pedro Antonio Marín, conocido por los alias de *Manuel Marulanda* o *Tirofijo* hasta su fallecimiento en marzo de 2008. Desde entonces, su líder en jefe es Guillermo León Sáenz alias *Alfonso Cano*. En http://es.wikipedia.org/wiki/Fuerzas_Armadas_Revolucionarias_de_Colombia sitio Web visitado el 17 de agosto de 2011.

⁴⁷⁴ Ejército Popular de Liberación. El **Ejército Popular de Liberación** (EPL) era un grupo guerrillero colombiano, brazo armado del Partido Comunista de Colombia - Marxista Leninista. Fundado en 1965, aunque solo inició acciones militares en 1968, principalmente en Antioquia (regiones de Urabá y Bajo Cauca), los departamentos de Córdoba y Sucre y la región del Magdalena Medio, el Ejército Popular de Liberación, es considerado el tercer grupo guerrillero colombiano en tamaño después de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). En http://es.wikipedia.org/wiki/Ej%C3%A9rcito_Popular_de_Liberaci%C3%B3n_%28Colombia%29 sitio Web visitado el 17 de agosto de 2011.

⁴⁷⁵ Ejército de Liberación Nacional. Son partícipes del conflicto armado colombiano desde su conformación en 1964. En http://es.wikipedia.org/wiki/Ej%C3%A9rcito_de_Liberaci%C3%B3n_Nacional_%28Colombia%29 sitio Web visitado el 17 de agosto de 2011.

⁴⁷⁶ Movimiento 19 de Abril. movimiento insurgente colombiano nacido a raíz de un supuesto fraude electoral en las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970, nace como rebeldía y movimiento político y luego se vuelve un movimiento armado. http://es.wikipedia.org/wiki/Movimiento_19_de_abril sitio web visitado el 17 de agosto de 2011.

otra manifestación de poder grupo o asociación política que tenga las intenciones de gobernar.

Bajo este contexto los Gobiernos empezaron a ejercer manuales antiterroristas que implicaban prácticas como la desaparición forzada, crimen del cual no se reconocía ni se documentaba nada en el país de Colombia. En el año 1965, con el propósito claro de derrotar cualquier intento de insurgencia, el gobierno colombiano dictó el decreto 3398, convertido en legislación permanente en la ley 48 de 1968⁴⁷⁷ en la que se creó la base legal para la organización de grupos de civiles (autodefensas) con el apoyo material y logístico de las fuerzas armadas para apoyar la fuerza pública en las zonas del país donde estaban presentes diferentes grupos guerrilleros.

En Colombia el primer caso documentado de desaparición forzada fue la desaparición y asesinato de la bacterióloga Omaira Montoya, desaparecida por el F2⁴⁷⁸ en la ciudad de Barranquilla el 9 de Septiembre de 1977 (Gill, 2005) y en referencia a la desaparición forzada de niños otras sentencias emitidas por la Corte Interamericana han sentado jurisprudencia, en la cual se ha condenado al Estado de Colombia⁴⁷⁹. Las prácticas de Desaparición Forzada fueron aplicadas sistemáticamente, sobre todo después del robo de 5.000 armas a las fuerzas militares del movimiento o guerrilla urbana M-19. Con este panorama de violación a los Derechos Humanos y a los derechos políticos y civiles de algunos colombianos, líderes del partido comunista, convocaron en el año 1979 el primer foro nacional por los Derechos humanos para analizar por parte de

⁴⁷⁷ Dicha ley estuvo vigente hasta 1989.

⁴⁷⁸ Organismo de seguridad del Estado que actualmente es conocido como DIJIN.

⁴⁷⁹ **CIDH** Caso Caballero-Delgado y Santana c. Colombia, denuncia N° 10319/1989, sentencia del 8 de diciembre de 1995. En cuanto a la responsabilidad del Estado, las desapariciones forzadas constituyen hechos ilícitos internacionales de carácter continuo, por lo que las obligaciones de cesación del ilícito, garantía de no repetición y reparación, exigibles al Estado según el Derecho internacional contemporáneo, son plenamente vigentes mientras no cese el ilícito ni se repare de forma adecuada y efectiva a los familiares más directos de las personas desaparecidas.

instancias internacionales la preocupante situación colombiana por causa de la otorgación de facultades especiales a las fuerzas militares.

Para los años de 1982 a 1986 se institucionalizo la desaparición forzada en Colombia incluyendo la desaparición de niños y niñas como consecuencia del conflicto armado. Durante esta administración se agudizaron las detenciones y aniquilamiento sistemático de miembros de la oposición política por medio de detenciones en lugares clandestinos y mecanismos de tortura realizados por los organismos de seguridad del Estado, pero sobre todo por el F2, también se puede notar la creación de grupos paramilitares como el M.A.S⁴⁸⁰. En 1983 ASAFADDES⁴⁸¹ hace las primeras denuncias de desaparición forzada ante un organismo internacional, acusando al Estado colombiano por 17 casos.

Sin embargo estas denuncias fueron “abiertamente distorsionadas por diversos representantes del Estado en instancias de la Organización De Las Naciones Unidas donde asignaba la autoría y las motivaciones de las desapariciones a causas del narcotráfico y a grupos subversivos, contrario a la realidad. Las distorsiones incluyeron el ocultamiento de la misma realidad con su negación”. El gobierno en 1984 inicio diálogos de paz con cuatro grupos guerrilleros como las FARC, el EPL, el M-19 y el ELN para el cese al fuego, pero en 1986 a 1990 continúa y se intensifica el fenómeno de la desaparición forzada, se identifican víctimas de oposición política y estudiantil.

Se suma otra clase de víctimas, tales como grupos vulnerables como los homosexuales, vagabundos, víctimas de una nueva modalidad

⁴⁸⁰ Organización Muerte a Secuestradores.

⁴⁸¹ Ante la situación de insensibilidad, de no respuesta y de negación, los familiares de los detenidos desaparecidos deciden aunar esfuerzos en la búsqueda, organizándose como Asociación de Familiares de Detenidos- Desaparecidos ASFADDES y el 4 febrero de 1983, salieron por primera vez a la calle armadas y armados, con las fotos y los nombres de sus seres queridos escritos en pancartas.

de ejecutores de desaparición forzada argumentando la limpieza social. Entre 1979 y 1986 el comité permanente de los derechos humanos registra 351 nuevos casos de desaparición forzada, la mayoría de estas implicaban al Estado directamente y a sus organismos de seguridad. El Gobierno de turno responde a las denuncias impuestas en la Organización de las Naciones Unidas catalogándolas de invenciones políticas para desprestigiar al Gobierno.

En el año 1987 con la agudización del conflicto la desaparición forzada cambia sus dinámicas, se crearon escuadrones de la muerte conformados por militares o por civiles con apoyo de militares. Utilizaban la figura de la lista negra desapareciendo ya no solo a personas de oposición política de izquierda sino a civiles que pertenecen a cualquier organización social. En 1991 se realizó la asamblea constituyente que dio fruto a una nueva constitución, en la cual parecía plantearse un escenario positivo para la culminación de la aplicación de la práctica de desaparición forzada con el marco del Estado de Derecho y la tipificación de varios delitos de lesa humanidad.

A pesar de este panorama se declaró el permanente Estado de Sitio por la situación de violencia en el país. En cuanto a la Desaparición Forzada y otros delitos de lesa humanidad, existía una preocupación notoria de la comunidad internacional sobre todo la europea, por la violación de Derechos Humanos en Colombia, se realizó una observación internacional por parte de organizaciones como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos para analizar la situación colombiana, concluyendo la necesidad de erradicación de los grupos paramilitares, la preocupante situación de violación de derechos

humanos, el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad y el retorno de la dignidad de las víctimas de la desaparición forzada.⁴⁸²

Entre 11.00 y 14.000 niños han sido separados de su familia de manera forzada, las fuerzas armadas de ambos bandos utilizan a los niños como soldados. En Colombia, tanto la guerrilla como los paramilitares, las fuerzas armadas y la policía nacional cometen actos de violencia y abusos contra la población civil, incluyendo niños, niñas y adolescentes⁴⁸³.

4.9 Justificación de la Creación de Una Ley Especializada.

Es de suma importancia la creación de una ley secundaria a nivel nacional que venga a tratar el tema sobre la desaparición forzada, la cual sería conveniente que, además de las tipificaciones generales, versara también sobre los grupos vulnerables en el presente caso sobre la protección especial que debería tener la niñez en nuestro país. Una ley especial para prevenir, proteger y erradicar la desaparición forzada de la niñez es importante, debido a que, los Instrumentos Normativos Internacionales, como lo son la Declaración de Protección de las Personas Contra la Desaparición Forzada y la Convención Interamericana de Protección de Todas las Personas Contra la Desaparición Forzada, vendrían a ser las reglas generales, es decir que serían las directrices a seguir, para lo cual es necesario una ley secundaria que desarrolle la

⁴⁸² **ASFADDES.** *Por la vida y la libertad: ni desaparecidos, ni impunidad*, FEDEFAM ediciones, 2003, Bogotá, Colombia. Pág. 84. El impulso para el reconocimiento de este crimen en la jurisprudencia internacional tuvo lugar desde la multiplicación de los casos de desaparecidos en América Latina y gracias a la movilización de sectores de la opinión pública y de la sociedad civil, y en particular por la iniciativa de organizaciones no gubernamentales que surgieron primero en estos países y luego, en muchos otros del mundo, especializándose en su denuncia y concienciación.

⁴⁸³ **COMMISSION FOR REFUGEE AND CHILDREN,** *Colombia: La Guerra en los Niños y las Niñas*. Ferber 2004, Women's Commission for Refugee and Children editions. New York, United States o America. Pág. 6. Dichos actos constituyen violaciones al Derecho Internacional Humanitario y a los derechos humanos y sin embargo, en la mayoría de los casos, quedan en la impunidad, de esta forma podemos advertir que la problemática de la desaparición forzada de la niñez no es exclusiva a nuestro territorio nacional, por ello es necesario tomar medidas para darles una protección legal adecuada.

problemática, ajustando estos lineamientos a la realidad nacional, dando así una mayor protección a la niñez salvadoreña en el ámbito normativo relativo a la desaparición forzada.

Contenido anexo a este trabajo se encuentra un proyecto de ley sobre desaparición forzada, dicho proyecto a sido presentado por la Asociación Pro Búsqueda en otras ocasiones a la asamblea legislativa, el cual ha sido enviado al archivo, dicho anteproyecto de ley tiene como objetivo la búsqueda de la niñez victima del conflicto armado, el cual propone la prevención, protección y de esta forma erradicación de la desaparición forzada, especialmente en la niñez.

CONCLUSIONES

Uno. El Estado de El Salvador, ha sido uno de los países latinoamericanos, que ha sufrido un conflicto armado interno, que dejo como saldo miles de víctimas humanas, y cuantiosas pérdidas

económicas. Así, uno de los mayores vestigios de la guerra han sido las violaciones a derechos humanos, entre las cuales, una de las más constantes y emblemáticas, ha sido la desaparición forzada de niños y niñas producida por agentes del Estado, o bien por grupos o individuos que actuaban bajo el consentimiento de este.

Dos. Diecinueve años, han pasado ya desde que se dio la firma de los acuerdos de paz, y hasta la fecha ninguno de los Gobiernos post guerra han aportado soluciones efectivas para resarcir el daño a las víctimas de la desaparición forzada, así como de igual forma no han implementado medidas legislativas eficaces para prevenir y sancionar la ocurrencia de nuevos hechos como los sucedidos en el pasado. Lejos de eso, el Estado, se ha enfrascado en la negativa de aceptar responsabilidades en los hechos cometidos, dejando así a las víctimas en una situación de vulnerabilidad, y a los transgresores en la impunidad.

Tres. Por ello, es que se reitera la necesidad de que el Estado de El Salvador, ratifique el Estatuto de la Corte Penal Internacional, conocido también como Estatuto de Roma, el cual se constituyó como la primera Corte Penal Internacional permanente que investigara y llevara ante la justicia a los individuos, no a los Estados, responsables de cometer las violaciones más graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario como son el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

Cuatro. Es necesario que se reforme el Código Penal, en los artículos que hacen referencia al Delito de Desaparición Forzada, dado que la pena impuesta a tal ilícito, no es proporcional a la gravedad que este conlleva. Además es preciso que el Estado, cree una ley especial para prevenir, sancionar, y resarcir a las víctimas directas o indirectas de la desaparición forzada, ya que hasta la fecha no se ha realizado ningún

intento efectivo para la reparación del daño causado a las víctimas, después solo así podrá garantizar la seguridad jurídica de estas.

Cinco. La sentencia emitida por la Corte internacional de Derechos Humanos, aportó elementos importantes en cuanto a la reparación del daño ocasionado por el delito de desaparición forzada, entre éstos podemos encontrar que el Estado debe utilizar todos los mecanismos económicos, técnicos, científicos y de otra índole, necesarios para determinar el paradero de las víctimas; El funcionamiento de una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado y participación de la sociedad civil. Sin embargo, a la fecha estos avances no han sido cumplidos en su totalidad, por lo que se hace urgente que el Estado de El Salvador haga uso de los mecanismos necesarios para dar con el paradero de las víctimas de desaparición forzada, y cumplir en su totalidad las recomendaciones emitidas por la Corte Internacional de Derechos Humanos.

Seis. Existen diversos instrumentos internacionales relacionados a la desaparición forzada, los cuales no han sido objeto de ratificación de parte del Estado de El Salvador, entre éstos instrumentos podemos mencionar: La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Estos instrumentos desarrollan el trato que debería proporcionarse a los que cometen el delito de desaparición forzada, su tipificación, sanciones respectivas a los culpables, así como las medidas que deben tomarse en consideración para que no se cometa este delito en un futuro.

Siete. La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas cuyo cuerpo normativo se establece cuales son los valores, derechos humanos y libertades fundamentales

que se vulneran mediante la práctica sistemática de la desaparición forzada que se convierte en un crimen de lesa humanidad. De acuerdo a esta declaración se violentan entre otros derechos el de reconocimiento de personalidad jurídica, derecho a la libertad y a la seguridad de una persona y a no ser sometido a torturas ni otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, además de violar claramente el derecho a la vida.

Ocho. La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la cual establece el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, así como el derecho de los familiares de las personas desaparecidas a conocer la verdad. Además contiene varias disposiciones relativas a la prevención, investigación y sanción de este delito, igualmente al derecho de las víctimas y sus familiares y el traslado ilícito de niños nacidos durante el cautiverio. También señala la obligación de la cooperación internacional, tanto en la supresión de la práctica y en el tratamiento de los aspectos humanitarios relacionados con el crimen.

Nueve. El primer instrumento jurídico internacional en establecer mecanismos que permitieron dictar sentencias definitivas y obligatorias en casos interestatales y particulares expresamente reconocidos por los Estados Partes interesados, fue la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta coincide con la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en cuanto a la cooperación para la prevención para sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas.

Diez. Las medidas que deberían tomar los Estados partes, de acuerdo con los instrumentos normativos internacionales estudiados, pudieran ser de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole para así cumplir los objetivos establecidos en dichos cuerpos

normativos. Tipificando como delito la desaparición forzada y otorgar así procedimientos constitucionales para cumplir con este fin, imponiéndole una pena, tomando en cuenta la gravedad y dando una especial protección a los grupos vulnerables, en este caso una protección integral a la niñez ante la desaparición forzada.

ANEXOS

ANEXO 1

LEY PARA LA PREVENCIÓN, SANCION ERRADICACION Y
BÚSQUEDA DE NIÑAS Y NIÑOS DESAPARECIDOS
DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO
DECRETO No. _____

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR
CONSIDERANDO:

I. Que la Constitución de la República en su artículo 32, reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

II. Que durante el conflicto armado interno que vivió El Salvador se produjeron graves hechos de violencia que provocaron la desaparición de cientos de niños y niñas.

III. Que la desaparición forzada de personas es un delito que ha sido catalogado por el derecho internacional de los derechos humanos como de lesa humanidad cuya comisión debe de ser prevenida, investigada y sancionada por la comunidad internacional. Desaparecer a una persona es un acto aberrante, con características inhumanas que consiste en privar de libertad a alguien que se considera peligroso o peligrosa para las instituciones establecidas, llevarlo(s) a un sitio de reclusión clandestino, negar la detención y mantenerlo total y absolutamente separado del mundo exterior, disponer de él o de ella al arbitrio de los captores infiriéndole cualquier tipo de tortura (física o psicológica) con el propósito de arrancarle información, una confesión o simplemente para atemorizar a la sociedad. Todo ello sin sujetarse a las normas vigentes en el país y en el ámbito internacional.

IV. Que la República de El Salvador es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles, vigente desde el 30 de noviembre de 1979; de la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente desde el 9 de mayo de 1990, la cual en sus artículos 8 y 9 establece los compromisos estatales de preservar la identidad, nacionalidad, nombre, relaciones familiares y la

reintegración familiar. Que igualmente, es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente desde el 19 de julio de 1978, en virtud de la cual se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia fue aceptada a partir del 6 de junio de 1995.

VI. Que tanto el Comité de Derechos Humanos, en el año 2003, el Comité de Derechos del Niño, en el año 2004, como el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, en el año 2007, instaron a El Salvador a crear una Comisión Nacional de Búsqueda, con suficientes recursos y capacidad legal para dar con los niños y niñas desaparecidos y; que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia del 1 de marzo de 2005, sobre el caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, estableció como medida de reparación la creación de una “Comisión Nacional de Búsqueda de Jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado interno y participación de la sociedad civil”.

VI. Que el Estado Salvadoreño es respetuoso de los compromisos de carácter internacional que ha adquirido y, por lo mismo, considera que la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas son piedras angulares de la paz y la reconciliación nacional y, por ende, de la reunificación de las familias víctimas de la desaparición.

POR TANTO:

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados

_____DECRETA la siguiente:

LEY PARA LA PREVENCION, SANCION ERRADICACION Y
BÚSQUEDA DE NIÑAS Y NIÑOS DESAPARECIDOS DURANTE EL
CONFLICTO ARMADO INTERNO

Capítulo I

Disposiciones Preliminares

Sección 1

Objeto y definiciones

Objeto de la Ley

Art.1.- El objeto de la presente Ley es prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada así como promover la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la desaparición de niños y niñas ocurridas durante el conflicto armado de El Salvador, a través de la Comisión de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos. Además promover medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole que sea necesario para prevenir, no practica ni tolerar la desaparición forzada.

Art. 2. Siendo la desaparición forzada un delito de lesa humanidad, será considerado como un ilícito grave para los efectos legales pertinentes, y por lo tanto no es susceptible de perdón, indulto, amnistía o figuras análogas ni se le considerará como de carácter político para efectos de extradición, independientemente de lo que prescriban los tratados internacionales.

Art. 3.- La desaparición forzada de persona es un delito continuado en tanto no se haya dado con el paradero del desaparecido

Art. 4.- La obediencia debida por razones de jerarquía, así como las órdenes o instrucciones superiores en ningún caso y bajo ninguna circunstancia no serán eximentes de responsabilidad tratándose de la desaparición forzada de persona.

Art. 5.- El delito de desaparición forzada de persona es imprescriptible.

Deberes estatales

Art.6.- El Estado está obligado a respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, en tal sentido garantizará los

derechos de las víctimas de las desapariciones de niñas y niños ocurridas durante el conflicto armado interno.

El Estado esta obligado a no practicar, ni permitir ni tolerar la desaparición forzada de personas ni aun en estados de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales.

Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a las y los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo.

Definiciones

Art.7.- A los efectos de la presente Ley se entenderá por:

a) Conflicto armado interno

Enfrentamiento militar entre miembros de la Fuerza Armada de El Salvador y grupos armados organizados, así como acciones armadas o actos de violencia de cualquiera de las partes, desarrollados en el territorio nacional entre el uno de enero de mil novecientos setenta y siete y el dieciséis de enero de mil novecientos noventa y dos.

b) Víctimas de la desaparición de niños y niñas durante el conflicto armado interno.

Se entenderá por “víctimas de la desaparición de niños y niñas durante el conflicto armado interno”, las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones u omisiones derivadas de una desaparición de niños y niñas durante el conflicto armado interno.

También se considerarán víctimas a los miembros de la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

c) Registros documentales y archivos

Para los efectos de la presente Ley, se consideran registros documentales los escritos, expresiones gráficas, sonoras o en imágenes, recogidas en cualquier tipo de soporte material ó informático, que sirvan para probar la existencia de una persona desaparecida, el desarrollo de un acto de violencia, acción armada o enfrentamiento armado; así como, los que prueben el ingreso, egreso, traslado, custodia o privación de libertad de un niño o niña.

Se denominará archivo al mueble e inmueble en el que se guardan los documentos públicos o los privados.

Desaparición de Niños y Niñas durante el conflicto armado interno

Art.8.- Se entenderá por desaparición de niños y niñas:

a) Desaparición Forzada o Involuntaria de Niños y Niñas durante el conflicto armado interno:

Son desapariciones forzadas o involuntarias de niñas y niños durante el conflicto armado interno, aquellas que se produjeron del uno de enero de mil novecientos setenta y siete al dieciséis de enero de mil novecientos noventa y dos; y que consistieron en la privación de libertad de una o más personas menores de dieciocho años de edad, cualquiera que fuese la forma de tal privación, cometida por agentes del Estado o por grupos de personas que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información sobre el paradero de las víctimas, habiéndose impedido de tal manera el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

b) Desapariciones por incumplimiento del deber de garantía del Estado

Se considerarán desapariciones, aquellas que se han producido ante el incumplimiento del deber de garantía del Estado y que se enmarcan en las circunstancias siguientes:

1) Las ocasionadas por la acción u omisión del Estado en ejecución de acciones u operaciones militares, policiales o de grupos armados que actuaron con apoyo, instigación, tolerancia o aquiescencia del Estado, aunque las mismas no se hayan producido mediante la directa privación de libertad del desaparecido o desaparecida.

2) Las ocurridas por la acción u omisión de particulares que utilizaron la coacción, el ardid o el engaño para consumir la separación familiar y posterior desaparición de la víctima, ante la tolerancia o aquiescencia del estado.

3) Las y los responsables del delito de desaparición forzada de persona sólo podrán ser investigados y juzgados por la jurisdicción ordinaria. No serán aplicables las disposiciones que sobre fueros especiales establezcan otras leyes.

c) Otras desapariciones

También serán consideradas desapariciones las ocasionadas por la acción u omisión de grupos armados insurgentes, guerrillas o fuerzas armadas disidentes que operaron en el territorio salvadoreño entre el uno de enero de mil novecientos setenta y siete y el dieciséis de enero de mil novecientos noventa y dos.

Sección 2

Derechos de las víctimas

Art.9.- Son derechos de las víctimas de las desapariciones de niñas y niños durante el conflicto armado, los siguientes:

a) Derecho a la verdad o derecho a saber

La sociedad salvadoreña y las víctimas de la desaparición de niños y niñas, tienen el derecho inalienable de conocer la verdad sobre los

motivos, las circunstancias y las razones que llevaron a la desaparición de niños y niñas durante el conflicto armado interno.

Asimismo, las víctimas tienen el derecho a conocer la verdad en lo que concierne a la suerte de sus parientes y su paradero. Para tales efectos, se garantiza la preservación y el acceso de las víctimas o sus representantes a los archivos que contengan información directa o indirecta.

b) Derecho a recibir reparaciones adecuadas

Las víctimas de la desaparición de niñas y niños tendrán derecho a ser reparados por los daños materiales y morales, a fin de hacer desaparecer los efectos causados por dicha desaparición.

La reparación del daño no debe ser limitada a una cuantificación material, sino que debe incluir las consecuencias psico sociales causadas por la comisión del ilícito, incluso las de orden moral como podrán ser los efectos en el ámbito comunitario u organizativo del desaparecido

c) Derecho a la identidad

Las personas que fueron víctimas de desaparición siendo niños y niñas durante el conflicto armado interno, tienen derecho a preservar su nombre, nacionalidad y las relaciones familiares. Cuando como consecuencia de la desaparición fueron privadas ilegalmente de su identidad tendrán derecho a su restablecimiento.

Capítulo II

Creación, naturaleza y fines de la Comisión de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el conflicto armado interno

Sección 1

Creación, plazo y ámbito territorial

Creación

Art.10.- Créase la "Comisión de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos durante el conflicto armado interno", la cual se podrá denominar en adelante como "Comisión" o "Comisión de Búsqueda", como una entidad de derecho público, con autonomía en lo técnico, financiero y administrativo.

Finalidad

Art.11.- La Comisión de Búsqueda tendrá como su finalidad esencial investigar y determinar el paradero y situación de las niñas y los niños desaparecidos durante el conflicto armado interno en El Salvador y propiciar el reencuentro con su familia de origen en un contexto de respeto a la dignidad de las víctimas que incluya su atención jurídica, psicológica y social integral. La Comisión promoverá el cumplimiento del deber estatal de garantía de los derechos a conocer la verdad, tener acceso a la justicia y a recibir reparaciones adecuadas del que son titulares las víctimas reconocidas por al presente ley.

Propiciará también, la participación de la comunidad y las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la determinación del paradero de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno.

La Comisión de Búsqueda no tendrá competencias jurisdiccionales pero deberá, en el ejercicio de sus funciones, preservar las pruebas y evidencias que haya obtenido, con la finalidad de trasladarla a las autoridades fiscales y judiciales, quienes deberán proceder ante tales situaciones de conformidad con su mandato constitucional y legal.

Plazo de funcionamiento

Art.12.- La Comisión desarrollará sus actividades en un plazo de tres años a partir de la fecha de vigencia de la presente ley, plazo que será

prorrogable por el término necesario para el adecuado cumplimiento de su finalidad.

Ámbito territorial

Art.13.- La Comisión tendrá su sede en la ciudad de San Salvador y desarrollará sus actividades en todo el territorio nacional; además, podrá entablar comunicaciones y coordinación con organizaciones internacionales gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales, a los efectos de ejercer su mandato.

La Comisión de Búsqueda también promoverá intercambios de índole académica y cultural, así como actividades de interés para la promoción de la memoria histórica a nivel nacional e internacional.

Sección 2

Principios rectores de la Comisión

Independencia e imparcialidad

Art.14.- La Comisión de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el conflicto armado interno, gozará de independencia e imparcialidad; sus miembros o delegados no podrán ser impedidos ni coartados por ninguna autoridad. En el desempeño de sus funciones podrán requerir ayuda, cooperación, informes o dictámenes a los órganos del Estado, autoridad o funcionario civil, de seguridad pública, militar y a cualquier persona, quienes están obligados a prestar colaboración con carácter prioritario a sus peticiones.

Capítulo III

Composición y elección

Composición

Art.15.- La Comisión de Búsqueda estará integrada por tres personas, quienes deberán ser salvadoreños o salvadoreñas, del estado seglar, mayores de treinta y cinco años, con grado universitario; de reconocida

trayectoria en la promoción, educación y defensa de los derechos humanos y con amplios conocimientos en ese campo, de moralidad y competencia notorias; estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los diez años anteriores a su nombramiento.

Art.16.- Son causas de indelegabilidad del cargo de Comisionado o Comisionada, ser funcionario de elección popular, Ministro o Viceministro de Estado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, sus cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ser integrante de partidos políticos y desempeñar cargos en los órganos de dirección, ser militar de profesión estar o haber estado de alta o pertenecer o haber pertenecido a grupos armados de cualquier naturaleza y los que hubiesen sido condenados por violación a los derechos humanos.

Art.17.- El cargo de Comisionado o Comisionada es incompatible con el desempeño de otro cargo público y con el ejercicio de su profesión, excepto las actividades de carácter docente o cultural; con la participación activa en un partido político y con la calidad de Ministro de cualquier culto religioso.

Elección de los Comisionados

Art.18.- Los Comisionados y sus suplentes serán elegidos por voto calificado de la Asamblea Legislativa, quien designará también a su Presidente y Vicepresidente.

Los candidatos y candidatas serán elegidos mediante ternas presentadas por las siguientes instancias y de acuerdo a la siguiente proporción:

a) Un Comisionado propietario y su respectivo suplente propuestos por la Corte Suprema de Justicia, propuesto por votación mayoritaria de, al menos, diez Magistrados.

b) Un Comisionado propietario y un suplente propuestos por el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

c) Un Comisionado propietario y su respectivo suplente propuestos por organizaciones de la sociedad civil de reconocida trayectoria histórica en la búsqueda de niñas y niños desaparecidos.

Art.19.- La Asamblea Legislativa elegirá a los Comisionados previa realización de entrevistas públicas para verificar su idoneidad y del examen de antecedentes profesionales de los candidatos y candidatas.

En todo caso, la Asamblea Legislativa escuchará la opinión de las víctimas de la desaparición forzada de niñas y niños o de sus representante y la opinión de las organizaciones de la sociedad civil que desarrollen actividades relacionadas a la protección de la niñez y la juventud, las cuales a tal efecto podrán presentar su opinión por escrito en el plazo establecido en el reglamento correspondiente.

Representación legal, sustitución y convocatoria de sesiones

Art.20.- El Presidente será el representante legal de la Comisión de Búsqueda. En caso de ausencia o impedimento, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente de la Comisión.

El Presidente de la Comisión de Búsqueda convocará a las reuniones ordinarias y extraordinarias de la Comisión y presidirá las mismas; también suscribirá convenios de trabajo con organizaciones privadas y públicas, nacionales e internacionales que coadyuven a la consecución de los fines de la Comisión.

Cuando el Presidente no convoque o ante situaciones extraordinarias, podrá hacerlo uno Comisionados propietarios en forma escrita y razonada.

Inamovilidad y seguridad

Art.21.- Los Comisionados electos serán inamovibles durante el ejercicio de su mandato, y tendrán todas las garantías, derechos, prerrogativas y seguridades necesarias para el cumplimiento de las atribuciones asignadas por la presente ley.

Período de ejercicio

Art.22.- Los Comisionados ejercerán sus cargos en el plazo de aplicación establecido por la presente ley, salvo renuncia, destitución acordada por la Asamblea Legislativa o imposibilidad debidamente informada a la Asamblea Legislativa.

Sección 2

Facultades y funciones

Facultades

Art.23.- Son facultades de la Comisión de Búsqueda:

- a) Investigar de oficio o a petición de cualquier persona, y recibir información, acerca de desapariciones de niñas y niños ocurridos durante el conflicto armado interno;
- b) Promover el derecho a la verdad de las víctimas, mediante el impulso de procedimientos de búsqueda de los niños y niñas desaparecidas;
- c) Promover el derecho de acceso a la justicia de las víctimas, trasladando periódicamente la información pertinente al Fiscal General de la República y al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, a quienes podrá requerir informes de seguimiento en el impulso de los casos;
- d) Preservar y defender el derecho a la identidad de las personas que fueron víctimas de las desapariciones;
- e) Inspeccionar registros documentales o archivos de instituciones estatales respecto de los cuales se tenga indicios que contienen documentos o información relacionada a la desaparición o paradero de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno, especialmente en el caso de registros o archivos de instituciones

militares, policiales o centros de resguardo e internamiento que funcionaron entre el uno de enero de mil novecientos setenta y siete y el dieciséis de enero de mil novecientos noventa y dos.

En caso de lugares privados, la Comisión solicitará autorización judicial, la cual deberá ser extendida por cualquier juez de primera instancia con jurisdicción en lo penal, con la sola presentación de la solicitud escrita por uno de los Comisionados.

f) Promover que se garantice la restitución de las relaciones familiares entre la persona que siendo niño o niña fue desaparecida y sus familiares biológicos;

g) Promover la coordinación con instituciones públicas y la participación de las organizaciones privadas, nacionales e internacionales, así como intergubernamentales, para desarrollar acciones que contribuyan a la determinación del paradero de las niñas y niños desaparecidos y a su reparación integral;

h) Dictar medidas cautelares de protección para garantizar derechos de las víctimas de las desapariciones de niñas y niños, así como para preservar información de relevancia que se encuentre en peligro de ser alterada, destruida u ocultada;

i) Sostener comunicaciones permanentes con el conglomerado de víctimas de la desaparición de niños y niñas durante el conflicto armado interno, a los efectos de conocer sus necesidades y problemas, así como facilitarles la asistencia integral que fuere necesaria en el marco de su mandato;

j) Impulsar campañas de sensibilización nacional y procesos educativos sobre los derechos de las víctimas de la desaparición de niños y niñas, especialmente en coordinación con el sistema educativo nacional;

k) Rendir informes públicos periódicos sobre el resultado de su trabajo, en atención al derecho colectivo de la sociedad salvadoreña a conocer la verdad sobre las desapariciones de niños y niñas durante el conflicto armado interno;

l) Emitir conclusiones y recomendaciones pública o privadamente.

Funciones

Art.24.- Son funciones de la Comisión de Búsqueda:

- a) Diseñar, formular, ejecutar y dar seguimiento a un plan institucional de búsqueda de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno, cuya finalidad sea promover el pleno cumplimiento del deber estatal de garantía de los derechos humanos a favor de las víctimas de tales desapariciones en el marco del mandato de la Comisión;
- b) Diseñar y reglamentar sus procedimientos internos de investigación y determinación del paradero de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno y el reencuentro familiar;
- c) Activar a las entidades competentes del Estado cuando, en el ejercicio de sus funciones, identifique casos o situaciones propias de la competencia de estas autoridades, especialmente ante el Fiscal General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Procurador General de la República, los tribunales de justicia y la Asamblea Legislativa;
- d) Diseñar, organizar y administrar un registro centralizado sobre la desaparición de niñas y niños durante el conflicto armado interno, de conformidad con los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos;
- e) Rendir informes públicos sobre los casos y situaciones que conozca en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de preservar la confidencialidad sobre informaciones que puedan afectar la integridad física o moral de las víctimas o la seguridad de los testigos.

Prerrogativas

Art.25.- La Comisión de Búsqueda podrá requerir información, ayuda y cooperación a cualquier Órgano del Estado y autoridades estatales

civiles, militares y policiales en el desempeño de sus funciones, las cuales no podrán ser coartadas u obstaculizadas por ninguna autoridad.

Facultades especiales

Art.26.- La Comisión de Búsqueda y sus delegados podrán entrevistar libre y privadamente testigos, víctimas y presuntos responsables, realizar inspecciones o visitar libremente cualquier lugar en el que se tenga certeza o presuma la privación de libertad, resguardo o permanencia de niños y niñas que durante el conflicto armado interno fueron desaparecidos, exigir la entrega o exhibición de toda clase de documentos o registros y practicar las diligencias necesarias para cumplir con su mandato.

Cuando se trate de lugares privados, requerirá a cualquier juez de primera instancia con jurisdicción en lo penal, autorización judicial, la cual deberá ser extendida, con la sola, presentación de la solicitud escrita por uno de los Comisionados.

Para efectos de determinar la filiación biológica de una persona que siendo niño o niña fue víctima de desaparición la Comisión de Búsqueda se valdrá de la prueba científica de ADN.

Estructura

Art.27.- Los Comisionados electos conforman el ente rector de la Comisión de Búsqueda.

Art.28.- La Comisión, bajo la autoridad de los Comisionados, tendrá la siguiente estructura ejecutiva para el desempeño de sus facultades y funciones:

- a) Secretaría Ejecutiva;
- b) Equipos técnicos; y
- c) Consejo Asesor

Art.29.- La Secretaría Ejecutiva estará bajo la responsabilidad de un Secretario o Secretaria Ejecutiva, quien desempeñará su cargo bajo la

autoridad de la Comisión y será electa mediante un procedimiento de selección por concurso de oposición y antecedentes.

La Secretaría Ejecutiva tendrá la responsabilidad de coordinar los diferentes equipos técnicos de la Comisión; supervisar la administración y destino de los recursos institucionales y canalizar a la Comisión las propuestas emanadas de los Equipos Técnicos y el Consejo Asesor.

La Secretaria o el Secretario Ejecutivo, participará de las sesiones de la Comisión, con derecho a voz pero no a voto.

Art.30.- La institucionalidad de la Comisión contará, al menos, con los Equipos Técnicos siguientes, sin perjuicio de crear otros que estime necesarios:

- a) Registro de Niñas y Niños Desaparecidos durante el conflicto armado;
- b) Banco de perfiles genéticos;
- c) Denuncias e Investigación;
- d) Asesoría legal y apoyo psico-social;
- e) Comunicaciones y educación;
- f) Administración, Finanzas, planificación y gestión.

Art.31.- El Consejo Asesor será nominado por la Comisión de Búsqueda y estará integrado por personas de reconocida moralidad, conocimiento y experiencia en la protección, promoción y educación en materia de derechos humanos, especialmente en el ámbito de los derechos humanos de la niñez y juventud, quienes deberán reunir los requisitos establecidos por esta ley para ser Comisionado y les serán aplicables las mismas causales de incompatibilidad.

El Consejo Asesor estará integrado por tres miembros, dos de los cuales deberán provenir de asociaciones, fundaciones u organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la protección de los derechos humanos y el tercer miembro será propuesto por el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

Art.32.- Será atribución del Consejo Asesor coadyuvar en la elaboración de los planes y programas de trabajo de la Comisión y asesorar en la aplicación de las normas y parámetros del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Para tales fines, el Consejo Asesor se reunirá cada dos meses o las veces que la Comisión estime necesario y podrá participar de las reuniones de la Comisión con derecho a voz pero no a voto. Los miembros del Consejo Asesor devengarán las dietas establecidas por la Comisión.

Capítulo IV

Principios que rigen los procedimientos de la Comisión

Principios generales

Art.33.- Los procedimientos de búsqueda de niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado interno serán gratuitos, breves y sencillos y se garantizarán los principios de celeridad, inmediación, acceso de las víctimas a la información y continuidad.

Las investigaciones de casos darán inicio sin atender a formalidades excesivas y las denuncias pueden realizarse por cualquier medio escrito, telefónico o electrónico o verbalmente ante los delegados de la Comisión, por cualquier persona que tenga conocimiento del hecho, aunque no tenga calidad de víctima o por asociaciones, fundaciones u organizaciones dedicadas a la protección de los derechos humanos.

Art.34.- Las autoridades estatales garantizarán el pleno acceso de la Comisión o sus delegados a documentación, registros o archivos que éstos le soliciten.

Anonimato

Art.35.- A los efectos de protección de la persona denunciante, testigo o víctima, cabrá admitir el anonimato únicamente en las condiciones

siguientes: que se trate de una medida excepcional, salvo en caso de abusos sexuales; que el presidente y un miembro de la Comisión estén habilitados para verificar la legitimidad de la solicitud de anonimato y, confidencialmente, la identidad del testigo; que en el informe se mencione el contenido del testimonio.

Asistencia a víctimas y testigos

Art.36.- Las víctimas y los testigos se beneficiarán de asistencia psicológica y social, en el curso de su declaración, en especial, cuando hayan sido víctimas de violaciones a derechos humanos.

La Comisión dispondrá de recursos para garantizar la movilización y disponibilidad de testigos y víctimas.

Identidad de responsables

Art.37.- La Comisión está facultada para dar a conocer públicamente los nombres de los responsables de las desapariciones de niñas y niños durante el conflicto armado interno.

Antes de la divulgación referida en el artículo anterior, la Comisión deberá garantizar a las personas señaladas su derecho a audiencia, ya fuere personalmente, a través de sus representantes o garantizando las condiciones para que ejerzan, por escrito, su derecho de réplica, incorporando a su expediente con posterioridad la respuesta.

Confidencialidad

Art.38.- La Comisión de Búsqueda a través de la Secretaría Técnica, dispondrá la confidencialidad de las identidades de víctimas y testigos que intervengan en los procesos de investigación seguidos por la Comisión, cuando la integridad física y moral y la seguridad de víctimas y testigos así lo amerite, ya fuere por petición del afectado o su representante o por iniciativa oficiosa.

La adopción de confidencialidad en la investigación relacionada en el inciso anterior, se realizará sin afectación de la obligación institucional de la Comisión de rendir los informes públicos a que hace alusión la presente Ley.

Capítulo V

Del patrimonio de la Comisión de Búsqueda

Patrimonio

Art.39.- La Comisión contará con un presupuesto especial y su propio régimen laboral.

El patrimonio de la Comisión estará constituido por:

- a) Fondos provenientes del Presupuesto de la Nación,
- b) Donativos internos y externos;
- c) Recursos de los programas de asistencia de Gobiernos u organismos internacionales; y
- d) Bienes muebles e inmuebles que a cualquier título adquiera del Estado, de los municipios, de entidades oficiales y de los particulares, los demás bienes e ingresos que por conceptos adquiera la Comisión.

Auditorias

Art.40.- La inspección y vigilancia de las operaciones y de la contabilidad de la Comisión estarán sujetas a las leyes que sobre la materia existan.

La Comisión contará con una auditoria interna y con las auditorias externas que la Comisión considere necesarias, así como promoverá los controles financieros necesarios para garantizar el uso adecuado de los recursos, a fin de garantizar transparencia en su desempeño.

Autonomía

Art.41.- La Comisión gozará de autonomía en la administración de su patrimonio. Cuando por las erogaciones para adquirir en el país o en el extranjero, toda clase de maquinaria, equipo, repuestos, bienes muebles

materiales u otros, se procederá conforme lo dispuesto por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

Exenciones

Art.42.- La Comisión de Búsqueda gozará de las exenciones de:

- a) Impuestos fiscales o municipales, tasas y contribuciones fiscales establecidas o por establecerse, que puedan recaer sobre bienes muebles e inmuebles, sus rentas o ingresos de toda índole o procedencia, inclusive herencias, legados, donaciones y sobre las operaciones, actos jurídicos, contratos o negociaciones que realice;
- b) Exención de toda clase de derechos e impuestos aduanales, consulares, tasas, contribuciones y recargos para la importación de vehículos automotores, equipo, maquinaria y artículos o materiales necesarios para el logro de sus fines.

Capítulo VI

Responsabilidad de autoridades y funcionarios

Responsabilidades penales o administrativas

Art.43.- Los funcionarios y autoridades públicas que se nieguen a proporcionar información u oculten o destruyan la misma, coarten u obstaculicen en cualquier forma, así como aquellos que no presten adecuadamente la colaboración requerida por la Comisión de Búsqueda, incurrirán en las responsabilidades penales o administrativas a que haya lugar, a efecto de lo cual la infracción será puesta a conocimiento del Fiscal General de la República o autoridad administrativa por la Secretaría Técnica de la Comisión.

El Fiscal General de la República así como las autoridades requeridas, deberán poner en conocimiento de la Comisión los avances o resultados de los procesos que impulse por tales motivos en un plazo razonable, so

pena de incurrir en la responsabilidad derivada de su incumplimiento sobreviviente.

Capítulo VII

Disposiciones generales y transitorias

De los recursos, registros y archivos de la Comisión Interinstitucional de Búsqueda

Art.44.- La Comisión de Búsqueda sustituirá a la Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos a consecuencia del conflicto armado, creada por el Órgano Ejecutivo.

La Comisión Interinstitucional referida, en el plazo de sesenta días, hará entrega a la Comisión de Búsqueda de los documentos, registros, archivos e información relacionada a la tramitación de investigaciones relativas a la búsqueda de niños y niñas desaparecidos que en el período de su funcionamiento hubiese conocido, y facilitará el contacto y formalización de la relación institucional entre las víctimas de tales casos y la Comisión de búsqueda.

Reglamento

Art.45.- Dentro de los sesenta días después de su instalación, la Comisión de Búsqueda aprobará su reglamento interno.

Transferencia inicial de fondos

Art.46.- Para la instalación y funcionamiento inicial de la Comisión, se autoriza al Ministerio de Hacienda la transferencia de fondos de las partidas presupuestarias, hasta la integración de las erogaciones respectivas en el Presupuesto General de la Nación.

Vigencia

Art.47.- La presente ley entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el

Diario Oficial. DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO,
San Salvador, a los _____
días del mes de _____ de dos mil _____

ANEXO 2

TESTIMONIO

“Andresito”⁴⁸⁴, Fundador y actual miembro de la Directiva de la Asociación Pro-Búsqueda.

Cuando la guerra, yo me incorpóreo me organice en los años 1976 o 1977, y después por ahí por los 80 y “feria”, yo andaba en las zonas guerrilleras y mis hijos, se quedaron con mi mamá y yo tuve que huir, porque si no me mataban, y mi esposa me la tuve que llevar con migo, y los niños se quedaron con mi madre, y ya no los pude volver a localizar porque estando los niños con ella una monja llego y empezó a hablar de que ella iba a darles estudio, atención y todas las cosas a los niños. Y a mí me pusieron como que estaba muerto, y fue así como fueron traídos a San Salvador, al Colegio Emiliani, a donde las Hermanas Somascas.

Yo empecé a investigar de mis hijos, no más me entere que los había traído al colegio. Y me dijeron que los habían traído al colegio no mas para que estudiaran, pero ha habido cosas que han costado entenderlas, pues por que las mismas religiosas se encargaron de ir a sacarles partidas de nacimiento y uno de mis hijos no es nacido en El Salvador, el es nacido en Honduras, pero ellas, yo no sé como hicieron pero le sacaron partida de nacimiento aquí en El Salvador, así es que ahora uno de mis hijos tiene tres nacionalidades. Porque fueron dados en adopción y ahora están Italia, están como “legitimados” en Italia, así es que son Italianos, son Salvadoreños, y uno de ellos también es Hondureño.

Ha habido tantas cosas, pero yo estoy claro y consciente que mis hijos están bien, gracias a Dios están vivos, la situación de guerra fue muy cruel y pudieron haber sucedido cosas peores, pero mis hijos están bien, con lo único que yo no puedo casi tener mucho contacto con ellos; primero si yo hablo por teléfono, un poquito complica y luego el idioma, y

⁴⁸⁴ Utilizamos su seudónimo, pues se nos pidió confidencialidad, pues nos dijo que la última vez que brindo su testimonio para ser publicado una de las monjas pertenecientes a la congregación de las Hermanas Somascas, intento iniciar un proceso judicial en su contra.

aparte usted sabe que la identidad cuenta mucho, ya que ellos no se han crecido con migo.

Pregunta: ¿Usted ha tenido la oportunidad de estar con ellos?

Eh, si yo fui a Italia, gracias a Dios hace tres años.

Pregunta: ¿sus hijos se fueron juntos, es decir los adoptaron juntos?

Si pero no al mismo papá, se los llevaron juntos a Italia pero adoptados con familias diferentes.

Pregunta: ¿Cómo fue que usted logro dar con el paradero de sus hijos?

Por un lado se puede decir que fácilmente, primero, yo empecé a preocuparme por mis hijos, porque desde la primera ocasión en que yo me di cuenta de que mis hijos estaban en el Colegio Emiliani, yo comencé a investigar desde donde yo estaba, y al investigar las monjas los negaron, los negaron durante un año. Al año la otra persona que me estaba investigando me dijo: “ahora si ya aceptaron que ahí estaban, me dijeron que ahí estaban pero que fueron dados en adopción.

Fueron llevados a Italia a finales del 85, y bueno con el solo el hecho de que me dijeran fueron dados en adopción a Italia, ya me dio certeza de donde estaban. Luego después en plena guerra, estamos hablando ya por los 89, 90, 91; yo salí con permiso de la zona guerrillera de San salvador, déjeme decirle que no fue nada fácil, tuve que venir cruzando retenes, la guardia nacional, los soldados del ejercito, y logre llegar acá y me contacte con un abogado, y a través de este abogado investigamos en un juzgado que ahí estaba asentada la adopción de mis hijos. Entonces ahí rescatamos los datos, como ahí aparecían la dirección y los nombres de los papás, y entonces fue así como empecé a tener contacto, empecé a escribirles, pero nunca tuve ninguna respuesta.

Y de pura suerte después me encontré con una pariente que está en Italia, la contacte y fue así como ella comenzó a comunicarse con ellos, y fue cuando el mayor le dijo que si yo quería y podía ir, el estaba dispuesto a recibirme, así fue como he logrado tener ese gran privilegio de ver a uno de mis hijos, sin embargo el otro no quiso verme, solo mi hija ha logrado tener contacto con el por internet.

Con la espera de que algún día sea posible que vengan a pasear a El salvador, y que sea posible que haya un contacto más entre la familia.

Pregunta: ¿recibió alguna ayuda de parte de alguna Institución del Gobierno para encontrar a sus hijos? No, no, de ningún lado. Todo fue por mi propia cuenta.

ANEXO 3

TESTIMONIO

Familiar de víctima de desaparición forzada.

Pregunta ¿Tiene algún familiar desaparecido?

Si 2, Ana Julia y bueno hubo una confusión allá en donde dan las partidas, como ahí le dan las partidas a otras gentes que no contaron

conmigo les pusieron Ramírez Mejía, pero en el nombre con que aparecen en el DUE (por referirse al DUI), son Portillo, pero las han sacado por Ramírez Mejía, pero ellas como no sabían que yo era Ramírez, ellas entienden bien que son Portillo, entonces bueno yo digo, si las buscan por los dos apellidos, bueno...ninguno he encontrado, los dos están desaparecidos, son mis propios hijos. Bueno en el conflicto armado cuando nos llegaron a sacar, mataron a un montón de gente, a ellas me las llevaron y por ahí fue donde Hernández Martínez.

Una se me murió porque eran gemelitas y me llevaron a Carmelino y a Julia, bueno y en este tiempo yo no he sabido nada de ellos. No he tenido nada, nada de información, hace tiempo que los metí en Pro Búsqueda y no he tenido nada de respuesta, pues, nada, le pido a Dios porque yo... a mi me han querido decir que están muertos, pero a mi se me hace que viven, si, ellas viven, porque si estuvieran muertas, entonces Dios ya me lo hubiera revelado, porque ustedes saben que Dios a uno se le revela de diferentes formas, pero a mi no, ellas están vivas.

La esperanza mía es que ellas viven, pido a Dios que me las busquen por los dos apellidos, espero que no les hayan cambiado el apellido, si como le digo fue gente que no contó conmigo para saber como es esa familia; porque entonces acudí a ellos, y ya supieron como es, como les digo que pueden ser bien Portillo, solo Portillo que así era para ellas, no tenia Mejía ni Ramírez, solo Portillo. Pero el que las asentó, lo hizo por Mejía Ramírez o Ramírez Mejía pero así están en el registro. Me di cuenta que estaban así porque mi hermana fue a Meanguera a buscar las partidas de ellos, como ella esta aquí en Pro Búsqueda, entonces ya cuando ella vino me dijo que la cipota que tenían era Mejía Ramírez y yo le dije que son Portillo.

Como antes en ese tiempo no le pedían ni cedula a uno y a cualquiera le decían anda saca la partida, daban la cedula y entonces

solo ponían el apellido de la que aparecía en la cedula, no llevaban los papeles de uno para ver los apellidos que tenían, entonces ellas no sabían que yo era Ramírez, solo sabían que yo era Portillo, así que no llevaban mis apellidos. Yo Solo le pido a Dios que ya sea por uno o por otro apellido, pero que alguien me las encuentre, yo daría gracias a Dios porque es lo que yo más quisiera.

El caso se metió en Pro Búsqueda como en el `94 cuando empezaba Rafael, no se como era el apellido, pero era un alto, chele, sarco, si el me fue a buscar a San Miguel y a el se le dieron los datos en el ´94, si porque en esa fecha vivía en otro lugar porque en el `95 me pase para donde vivo ahora. Yo no fui a poner la denuncia, sino que un cuñado, el esposo de mi hermana Reina, el escuchó el anuncio que andaban unos de Pro Búsqueda buscando niños desaparecidos en el conflicto armado, entonces de ahí hablo a Po Búsqueda (el cuñado) y le dijo que vinieran que tenia una cuñada que tenia un caso de niño desaparecido, así fue como vinieron hasta donde yo estaba.

Desde ahí es que están en Pro Búsqueda, y lo que es de uno, es de uno, y un día primero Dios va hacer la obra, yo se que El es grande y misericordioso; yo se que están vivos y en cualquier ratito pueden ir llegando, y si me pongo a llorar y llorar, no las voy a reponer, y si me pongo a llorar pienso que están muertas y yo se que están vivas, me levanta el ánimo, agarro valor para seguir adelante porque no deja de sentir uno verdad.

BIBLIOGRAFIA

ACEVEDO, DOMINGO. “*Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*” Revista IIDH San José Costa Rica, Vol. 16 julio-diciembre 1992.

ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA, “*Los principios Generales del Derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional*”, Revista Derecho del Estado n.º 25, Colombia, diciembre de 2010.

AMBOS KAI Y OTROS, “Análisis Comparado E Internacional”, Coordinador de contenido Ambos Kai Editorial Temis S.A, primera edición, Bogotá, 2009.

ARRIOLA, JONATHAN, HUGO GROCIO, “En los orígenes del Pensamiento Internacional Moderno”, Universidad ORT, Facultad de Administración y Ciencias Sociales, Documento de Investigación No 59, Uruguay, 2010

ASFADDES. “Por la vida y la libertad: ni desaparecidos, ni impunidad,” FEDEFAM ediciones, 2003, Bogotá, Colombia.

ASOCIACIÓN PRO-BUSQUEDA, “La Paz en Construcción, Un estudio sobre la problemática de la niñez desaparecida por el conflicto armado en El Salvador,” Asociación PRO-BUSQUEDA con el apoyo de SAVE THE CHILDREN, enero 2002.

ASOCIACIÓN PRO-BUSQUEDA, “La Problemática de Niños y Niñas Desaparecidos como consecuencia del Conflicto Armado interno en El Salvador”, Asociación PRO-BUSQUEDA de niños y niñas desaparecidos, San Salvador, El Salvador, abril de 1999.

ASOCIACIÓN PRO-BÚSQUEDA DE NIÑOS Y NIÑAS DESAPARECIDOS, “Revista En Búsqueda”, época 3, volumen 2, julio 2008. San Salvador, El Salvador.

ASOCIACION PRO-BUSQUEDA DE NIÑOS Y NIÑAS DESAPARECIDOS, “Revista En Búsqueda”, época 4, volumen 3, septiembre de 2009, San Salvador, El Salvador.

BATIFFOL, HAG. “Droit International Privé”, 5 ed., París, Librairie Générale, 1970.

BAKEAZ, LEAH LEVIN, / UNESCO, “Derechos Humanos: preguntas y respuestas”, ediciones UNESCO, segunda edición parís, Francia 2004.

BARBERIS, JULIO. “Los sujetos del Derecho Internacional actual”, 2ª edición, editorial Tecnos, Madrid, España, 1984

BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, “La Recepción Del Derecho Internacional En El Derecho Interno, Instituto de Investigaciones Científicas”, UNAM, México D.F. 2006,

BECERRA RAMIREZ, MANUEL. “Textos y Estudios Legislativos”, Núm. 78, Primera edición: UNAM 1991, México D.F. México.

BERTRAND GALINDO. F., “Manual Constitucional, Tomo I, Centro De Información Jurídica, Ministerio de Justicia”, San Salvador, 1996.

BETANZOS, EBER, “Ius Cogens, Ius Cogens”, Revista USCS – Direito – ano X – No. 17 – jul. /dez. Sao Paulo, Brasil 2009.

BLANC ALTEMIR, ANTONIO. “La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional”, Madrid, España 1990.

BLANCO REYES, SIDNEY, “La ley de Amnistía salvadoreña frente al Derecho Internacional”, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 1 edición, México D.F. México, 2002.

BOHDAN T. HALAJCZUK, MARÍA TERESA DEL R. MOYA DOMÍNGUEZ, “Derecho Internacional Público”, EDAR S.A de C.V, 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1999.

BRIJALBA ACOSTA, MARÍA ALEJANDRA, LONDOÑO PEÑA, CATALINA MARÍA, “Tesis de Grado Análisis del delito de Desaparición Forzada”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2004

CANCADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, MARTÍNEZ MORENO, ALFREDO, “Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional TOMO I”, CIDH, San José, Costa Rica 2003.

CANCADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, MARTÍNEZ MORENO, ALFREDO, “Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional TOMO II”, CIDH, San José, Costa Rica 2003.

CARBONELL, MIGUEL, “El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, Editorial Fontamara, México DF, México 2002

CASTELLANOS HERNANDEZ, EDUARDO DE JESÚS, “El Derecho Internacional en el ordenamiento Jurídico Mexicano”, Secretaria de Gobernación 1ª edición, México D.F, México 2006.

CHUQUIHUARA, LUIS, “Foro peruano de relaciones internacionales, Perú, en la aldea global”, ausonia S.A. Lima, Perú 1994.

COMISION DE DERECHOS HUMANOS DE EL SALVADOR, “Seminario y foro internacional, impunidad presente, justicia pendiente y corte penal internacional urgente”, impreso en talleres y copiados unidos, agosto 2008, San Salvador, El Salvador.

COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACION. “Testimonio 200323”, Vischongo, provincia de Vilcashuamán, Ayacucho, 26 de agosto de 1983.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MEXICO, “Manual sobre el papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en el proceso de los órganos creadores en virtud de los tratados de las Naciones Unidas”, segunda edición octubre, 2008 México D.F, México.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS. “Nunca Más.” 2ª ed. EUDEBA editores, Buenos Aires, Argentina 1995.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, “Impunidad y graves violaciones de derechos humanos, guía para profesionales n°3”, Serviprensa S.A abril 2008 Guatemala, Guatemala.

COMISIÓN VERDAD Y JUSTICIA “Memoria audiencia pública, educación y dictadura, quien olvida repite”, A.R impresiones, asunción Paraguay, segunda edición enero 2007.

COMITÉ PRO-JUSTICIA Y PAZ DE GUATEMALA. “Situación de los derechos humanos en Guatemala”: 1984, Guatemala, 1984.

CRAWFORD, JAMES, “*Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios*”. Editorial Dykinson, S.L. 84-9772-529-8, Madrid, España 2004.

DA SILVA, JOSÉ ALFONSO, “*Direitos Humanos da Criança, (Derechos Humanos de los Niños)*”, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 1 edición, México D.F. México 1998.

DE CORTINA, JOHN, “*Especial Derechos Humanos, Los niños desaparecidos en la guerra civil de El Salvador*”, en Revista Pueblos, No 12, verano de 2004, Madrid, España, domingo 8 de agosto de 2004.

DIEZ DE VELASCO, M., “*Instituciones del Derecho Internacional*”, editorial Tecnos, 11ª edición, Madrid, España, 1999

ELLACURÍA BEASCOECHEA, IGNACIO, “*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*”, informe 131/99 caso 10.488 del 22 de diciembre de 1999.

FAIREN GUILLEN, VÍCTOR. “*El Habeas Corpus en España, Instituto de investigaciones jurídicas*” UNAM, 1 edición, México D.F. México 1992.

FAVELA OVALLE, JOSÉ, “*Administración de Justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados, Instituto de investigaciones jurídicas*” UNAM, 1 edición, México D.F. México 2006.

FERNANDEZ DEL VALLE, AGUSTÍN BASABE, “*Filosofía del Derecho Internacional, Instituto de investigaciones Jurídicas*”, UNAM, 2ª edición, México D.F, México 1989.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, “*Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos Humanos*”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen II, México D.F, México 2002.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, “*El derecho comparado en los sistemas Interamericano y Europeo*”, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2 edición, México D.F. México 2008.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, “*La aplicación del derecho a los grupos vulnerables*”, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 1 edición, México D.F. México 2001.

FUNDACION PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, “*Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*”, Washington, EEUU 2009.

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. “*Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*”. Editorial Losada Buenos Aires, 1942

GARCIA RAMIREZ, SERGIO, “*Cuestiones de la Jurisdicción Interamericana de Derechos Humanos*”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VIII, México D.F, México 2008.

GOLDSCHMIDT, WERNER. “*Derecho Internacional Privado.*” Editorial El Derecho, México D.F, 1970.

GOMEZ ROBLEDO, ALONSO, *“Derecho Internacional, Temas Selectos, “Estudios de Derecho Internacional Público”*, UNAM vol. XII, 5ª edición, México D.F, México 2008.

GUADALUPE MARTÍNEZ, ANA. *“Cárceles Clandestinas”*, Universidad Centroamericana Editores, San Salvador, El Salvador 1992.

GUTIERREZ POSSE, MONCAYO VINUESSA, *“Derecho Internacional Público Tomo I”*, Zavalia editores S.A, 3ª edición, Buenos Aires, Argentina 1990.

HAURIOU, ANDRE, *“Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”*, editorial Ariel, Barcelona, 1980

HERDEGEN, MATTHIAS, *“Manual de Derecho Internacional Público”*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 1 edición, México D.F. México 2005.

HERNANDEZ FLORES SIRLEY ROSIBEL, Y OTROS, *“Incidencia De La No Aplicación Del Derecho Internacional Humanitario, La Atipicidad Y Los Intereses Políticos En La No Resolución De Los Casos De Niños Y Niñas Desaparecidos durante el conflicto armado salvadoreño”*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2004.

HOMERO. *“La Odisea”*, Plaza Editores, 2ª Edición, Madrid, España.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *“Serie G. Estudios Doctrinales”*, Núm. 5, Veinte años de evolución de los derechos humanos, Segunda edición: 1980, Pamplona, España 1974.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *“Idicium et vita, jurisprudencia nacional de América latina en derechos humanos, n° 4”*, diciembre de 1996, Varitec S.A primera edición, San José, Costa Rica.

JIMÉNEZ DE ARECHAGA, EDUARDO, *“Homenaje a Le Droit International Dans un Monde en Mutation, T I, II”*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1994

JOVEL HENRÍQUEZ, PATRICIA MARILYN. *“La Desaparición Forzada y sus Limitantes en la Década de los 80’s en El Salvado”*. San Salvador, Universidad de El Salvador, 2001

KELSEN, HANS, *“Théorie Pure du Droit”*, trad. al francés de la 2a. edición, por Charles Eisenmann, editorial Dalloz, París, Francia, 1962

KLABBLERS, JAN. *“Qatar vs Bahrain, The concept of the “treaty” in the international law”*. AVR 33, 1995

LAFFERRIERE, AUGUSTO DIEGO, *“Apuntes sobre derecho internacional y política exterior”*, editado por Sistemas impresos Demanda, 1ª edición, Provincia Entre Ríos, Argentina, 2008.

LA PRENSA GRAFICA, *“El Conflicto Armado en El Salvador”*, 2 ediciones, La Presa Grafica, San Salvador, El Salvador. 1989.

LÁZARA, SIMÓN, *“Desaparición forzada de personas, Doctrina de la seguridad nacional y la influencia de los factores económico-sociales, en La Desaparición, Crimen contra la Humanidad”*, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987, Buenos Aires.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, *“Gaceta informativa”*, Año 10 Vol.10, septiembre-diciembre, México D.F, México, 1981.

LÓPEZ BASSOLS, HERMILO, *“Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instituciones Básicas”*. Edit. Porrúa. México D.F.

LUNA, OSCAR HUMBERTO, *“Curso de Derechos Humanos, Doctrina y Reflexiones”*, 1ª edición, San Salvador, El Salvador, Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH), 2009.

MARTÍNEZ, ANA GUADALUPE. *“Las Cárceles Clandestinas”*, Universidad Centroamericana Editores, San Salvador, El Salvador (1992

MARTINEZ HERNANDEZ Paula Celia, ORTIZ MEDRANO GUILLERMO ANDRÉS, RAMIREZ GALAN CORALIA, *“Desaparición forzada de personas en El Salvador como delito de lesa humanidad en el periodo del conflicto armado interno (1980-1992)”*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador 1999.

MARTÍNEZ PEÑATE, OSCAR, *“El Salvador del Conflicto Armado a La Negociación”*, San Salvador, El Salvador, 1a edición 1997.

MARZO, JORGE LUIS, *“Ríndete – Guerra Psicológica en el siglo XX”*, CCCB, Barcelona, España, 1998.

MENA SANDOVAL, CAPITÁN FRANCISCO EMILIO. *“Del Ejército Nacional al Ejército Guerrillero”*, Ediciones Arcoíris San Salvador, El Salvador 1ª Edición, 1990.

MENDEZ VIVANCO, JUAN, *“Disappearances and the Interamerican Court: reflections and Litigation Experience. Vol. 13”*, San José, Costa Rica, 1990

MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO. *“Introducción al Derecho Internacional Público”*, 3a edición, editorial Atlas, Madrid, España. 1960.

MORALES HERNANDEZ, JOSÉ DE JESÚS, *“Noche y Neblina: Los vuelos de la muerte La historia de los campos de concentración en México y los desaparecidos de la guerra en el Siglo XX”*, Guadalajara, Jalisco, México, 2007, Plaza Editores.

MOLINA NAJARRO, AURA MARIA DEL ROCIO *“La importancia de las ONG’s en la comunidad internacional”*, Tesis presentada al Instituto de Estudios Políticos y relaciones internacionales de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2000

MOLINA THEISSEN, ANA LUCRECIA, *“La desaparición forzada de personas en América Latina”*, S.E, S. Ed.

NACIONES UNIDAS, *“Manual de preparación de informes sobre los derechos humanos”*, impreso por el centro internacional de formación de la OIT, Turín, Italia, octubre 1998.

NICOLTELLO, NELSON, *“Diccionario del Latín Jurídico”*, editorial B de F de responsabilidad limitada, 4ª edición, Buenos Aires, Argentina 2004.

OFICINA DE TUTELA LEGAL DEL ARZOBISPADO, “Comisión Arquidiocesana de Justicia y Paz, *Declaración Universal de los Derechos Humanos comentada*”, imprenta criterio San Salvador, El Salvador, julio 1994.

ORTIZ AHLF, LORETTA, “*Derecho Internacional Público*”, 2a Edición, Edit. Harla 1993, México D.F.

ORTIZ AHLF, LORETTA, “*Armonización legislativa interna de los Derechos Humanos en la legislación interna de los Estados*”, Ponencia de Seminario, Jalisco, Guadalajara, México, 14 y 15 de Abril 2005

OSORIO CÓRDOVA, ANA CAROLINA, “*El derecho de acceso a la justicia de los familiares de las víctimas del delito de desaparición forzada ocurridas en el departamento de Chalatenango, durante el conflicto armado en El Salvador*”. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador 2007.

PADILLA BALLESTEROS, ELÍAS, “*La Memoria Y El Olvido Detenidos Desaparecidos en Chile*”, Primera edición, Ediciones Orígenes, Chile, 1995.

PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ ANTONIO. “*Lecciones de Derecho Internacional Público*”, Universidad Complutense, Madrid, España. 1963.

PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ ANTONIO, “*Curso de Derecho Internacional Público*”, Editorial TECNOS, Madrid, España 1986.

PEREZNIETO CASTRO, LEONEL “*Terminología Usual en las relaciones internacionales*”, *Derecho Internacional Privado*, Acervo histórico diplomático, Secretaria de Relaciones Exteriores, 1ª Edición, México 1981

PÉREZ PINO, VIRGINIA, “*Léxico jurídico para estudiantes*”, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.) 2ª edición, Madrid, España 2004.

POLANCO PEREZ, MARIO ALCIDES, “*Las desapariciones forzadas en Guatemala, su búsqueda y localización*”, Tesis de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2006

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, “*Memoria Histórica, tomo I*”, *Corte suprema de justicia*, impreso en “libros de Centroamérica S.A de C.V, San Salvador, El Salvador, marzo 2005.

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, “*Memoria Histórica, tomo II, evaluación de los derechos humanos durante el conflicto*”, impreso en “libros de Centroamérica S.A de C.V, San Salvador, El Salvador, marzo 2005.

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, “*Memoria Histórica, tomo III, Organismos internacionales*”, impreso en “libros de Centroamérica S.A de C.V, San Salvador, El Salvador, marzo 2005.

PROCURADURIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, “*Expediente SS-0449-96*”, San Salvador, a los 10 días del mes de febrero 2003.

RADBRUCH, G., *“Filosofía del Derecho, volumen I”*, 4ª edición, editorial Coimbra, Bogotá, Colombia, 1961

REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO, Vol. 6, número. 21, 2009. Copyright Sociedad de Economía y Derecho UPC. Lima, Perú

ROBLEDO GOMEZ, ANTONIO, *“El Ius Cogens Internacional, un estudio Jurídico-Histórico”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica núm. 147, México D.F, México 2003.

ROUSSEAU, CHARLES. *“Derecho Internacional Público”*, 3ª edición, editorial ARIEL, Barcelona, España, 1966.

SALAS MORALES, ELISA ARACELY, *“La importancia de la implementación de las disposiciones del Estatuto de Roma al sistema guatemalteco, con el fin de cooperar con la Corte Penal Internacional en castigar a personas que han cometido crímenes graves de trascendencia internacional”*, Universidad De San Carlos De Guatemala, Escuela De Ciencia Política, Guatemala 2007.

SANTA BIBLIA, *“Antiguo y Nuevo Testamento”*, versión revisada y cotejada con los textos en Hebreo, arameo y griego, Reina-Valera 2009, Salt Lake City, Utah, E.U.A

SAVARINO, FRANCO; MUTOLO, ANDREA, *“Los orígenes de la Ciudad del Vaticano”*. *Estado e Iglesia en Italia, 1913–1943*, México D.F. México, IMDOSOC, 2007

SEPULVEDA, CÉSAR, *“Derecho Internacional”*. Edit. Porrúa, México D.F, México.

SILVEIRA BAUER, CAROLINE. *“BRASIL: NUNCA MAIS, Las violaciones de Derechos Humanos en Brasil entre abril de 1964 y marzo de 1979”*, Petrópolis, Arquidiocese de São Paulo, Brasil, 1985.

TRAGEDIA GRIEGA, *“Prometeo Encadenado; Edipo Rey; Electra”*, Editorial Clásicos Roxsil. S.A de C.V San Salvador, El Salvador, 2001

UMAÑA DE ARFVIDSON, CLAUDIA BEATRIZ, *“Aspectos generales sobre el derecho de los tratados”*, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Dr. José Matías Delgado, Facultad De Jurisprudencia Y Ciencias Sociales Pbro. Y Dr. Isidro Menéndez, San Salvador, 1998

US EMBASSY, SAN SALVADOR, *“cable 02296”*, 31 de marzo de 1980. The Washington Post, 31 de marzo de 1980, The National Security Archives. El Salvador: The Making of US. Policy: 1977-1984.

VELASQUEZ DE AVILES, VICTORIA MARINA, *“Informe sobre la evolución de los derechos humanos en El Salvador: 1995”*, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, PNUD 1996. San Salvador, El Salvador edición: unidad de análisis.

WILDHABER, LUZIUS. *“The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries”*, Max-Planck Institute. 1988.

LEGISLACION

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, DADO EN EL SALON DE SESIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE; PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los 15 días del mes de diciembre de 1983. Publicación DO: 16/12/1983

CODIGO PENAL, DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los 26 días del mes de abril de 1997, Publicación DO: 10/06/1997.

CODIGO PROCESAL PENAL, DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los cuatro días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y seis. Publicación DO: 20/01/1997.

CODIGO DE FAMILIA, DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los 11 días del mes de octubre de 1993. Publicación DO: 13/12/1993.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE 1983, documento en el cual se deja constancia de los motivos y razonamientos que sustentan los cambios o modificaciones introducidos a la constitución de 1962 para la creación de la nueva constitución de la república de 1983, a los 22 días del mes de julio de 1983.

LEY DE AMNISTIA GENERAL PARA LA CONSOLIDACION DE LA PAZ, DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los 20 días del mes de marzo de 1993. Publicación DO: 22/03/1993

LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES, DADO EN EL SALON DE SESIONES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA; PALACIO NACIONAL: San Salvador, a los 14 días del mes de enero de 1960. Publicación DO: 22/01/1960

LEY DE LA PROCURADURIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los 20 días del mes de febrero de 1992. Publicación DO: 06/03/1992.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS, adoptada durante el 61º periodo de sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas a través de la resolución A/RES/61/177, el 20 de diciembre de 2006.

CONVENCIÓN DE VIENA, Sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCION DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, Ratificado en el Salón Azul

del Palacio Legislativo: San Salvador, a los 10 días del mes de diciembre del año de 1952, Publicado DO 24/02/53

CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Carta de la ONU, Carta de la OEA. Y principalmente la Constitución de la República de El Salvador, 1983.

DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS, aprobada el 18 de diciembre por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 47/133, el 18 de diciembre de 1992.

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.

ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, Adopción: 26 de junio de 1945, DO 17 de octubre de 1945.

PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCION DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, Ratificado en el Salón Azul del Palacio Legislativo: San Salvador, a los 4 días de julio del año de 1978, Publicado DO, 28/08/78

JURISPRUDENCIA

CASO DE LA ANGLO – IRANIAN OIL COMPANY (Fondo) Partes: Gran Bretaña c/ Irán-Sentencia del 22 de julio de 1952, Fuente: I.C.J. Reports 1952.

CASO KLABBLERS, JAN. “Qatar vs Bahrain, The concept of the “treaty” in the international law”. AVR 33, 1995.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia Definitiva de Amparo, con referencia No. 28-99 Ac, dictada en San Salvador a las ocho horas del día 25 de abril de 2000.

CORTE IDH, Caso 12.408 de Heliodoro Portugal contra el Estado de Panamá 23 de enero 2007. Washington D.C.

CORTE IDH, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118

CORTE IDH, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

CORTE IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131.

CORTE IDH, Caso Godínez Cruz contra Honduras, Serie C No. 5, Sentencia de 20 de enero de 1989.

CORTE IDH, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras, Serie C No 6, Sentencia de 15 de marzo de 1989.

CORTE IDH, Caso Blake contra Guatemala, Serie C. No. 36, Sentencia de 24 de enero de 1998.

CORTE IDH. Caso Velázquez Rodríguez. Sentencia sobre el fondo del 29 de junio de 1988, Serie C No. 4.

CORTE IDH. Casos del Perú: Neira Alegría y otros, Durand y Ugarte, Castillo Páez., Ana Celis Laureano ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

JUZGADO SEGUNDO DE MENORES, San Salvador, Expediente 66-A-12-80
ONU E/CN.4/2000/6.

BOLETINES

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, Nueva Serie Año XXV, Número 75 Septiembre-Diciembre, Año 1992.

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, Nueva Serie Año XXIV Número 71 Mayo-Agosto, Año 1991.

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, Nueva Serie Año XVII Número 50 Mayo-Agosto, Año 1984.

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, Nueva Serie Año V Número 13-14 Enero-Agosto, Año 1972.

FUSADES, *Boletín de Estudios Legales, Departamento de Estudios Legales, Boletín No. 79, julio 2007.*

INFORMES

ALAMANNI DE CARRILLO, Beatrice, *“Informe Especial de la señora Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos sobre la práctica de Desapariciones Forzadas de Personas en el contexto del conflicto armado interno ocurrido en El Salvador entre 1980 y 1992”*, emitido el 7 de marzo de 2005.

COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR, NACIONES UNIDAS, *“Informe De la Locura a la Esperanza, La Guerra De 12 años en El Salvador”*, San Salvador, El Salvador, 1993.

COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *“Informe (Proyecto del texto definitivo de los Elementos de los Crímenes”.* PCNICC/2000/INF/3/Add.2.) Nueva York, 2000.

COMISION NO GUBERNAMENTAL DE DERECHOS HUMANOS DE EL SALVADOR, Informe del 11 de noviembre de 1981, el cual detalla que en el lugar conocido como “El Playón” se había arrojado, a lo largo de los últimos meses, los cadáveres de más de 400 personas.

CORTE IDH, “Caso 10.480 (El Salvador)”, Informe 1/ 99 Caso Quinteros Almeida c. El Uruguay, comunicación 181/ 1984

CORTE IDH. Informe Anual 1982-1983

CORTE IDH. Informe Anual 1976.

CORTE IDH. Informe N° 3/98, Caso N° 11.221, Tarciso Medina Charry (Colombia), 07 de abril de 1998.

CORTE IDH. Informe Anual 1997. Pág. 24

CORTE IDH. Informe N° 57/99, Casos 10.827 Romer Morales Zegarra, Richard Morales Zegarra y Carmen Teresa Rojas García, 10.984 Carlos Vega Pizango (Perú), 13 de abril de 1999

GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS
Informe E/CN.4/1984/21

GTNU. Informe E/CN.4/1987/15.

GTNU. Informe E/CN.4/1990/13

GTNU. Informe E/CN.4/1435.

GTNU. Informe E/CN.4/1984/21.

GTNU. Informe E/CN.4/1991/20

GTNU. Informe E/CN.4/1998/43

GTNU. Informe E/CN.4/1997/34

INFORME DE TUTELA LEGAL DEL ARZOBISPADO DE SAN SALVADOR, “El Mozote, lucha por la verdad y la justicia, masacre a la inocencia”, Imprenta Tutela Legal del Arzobispado, San Salvador, El Salvador 2008

INFORME DEL RELATOR ESPECIAL LEANDRO DESPOUY SOBRE LOS ESTADOS DE EXCEPCION, Naciones Unidas Distrito General, E/CN. 4/Sub.2/1997/19, 23 de junio de 1997, Original: español

NNUU, Informe Provisional sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en El Salvador, 1989.

NUNCA MAIS: Informe da Comissão Nacional sobre o desaparecimento de pessoas a Argentina, presidida por Ernesto Sábato. Porto Alegre: L&PM, 1985.

PAGINAS WEB

CITRONNI GABRIELA Y OTROS, AIM FOR HUMAN RIGHTS, en www.imforhumanrights.org

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en El Salvador, Capítulo IV. <http://www.cidh.oas.org>

CORAZON DE LEON, RICARDO, Biografía, <http://www.vidasdefuego.com/rickycl.htm>sitio

CRUZ ROJA INTERNACIONAL, *Manual del movimiento internacional de la cruz roja y de la media luna roja,* <http://www.icrc.org> visitado en 7 de agosto de 2010.

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO UCASAL, <http://www.mediafire.com>

DECLARACION SOBRE LA PROTECCION DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LA DESAPARICION FORZADA en <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.ns>

DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, *Declaración del Departamento de Estado de los Estados Unidos,* en http://es.wikipedia.org/wiki/Reconocimiento_internacional

<http://www.desaparecidos.org>

<http://www.cpdhcorrientes.com.ar/origenes.htm>

FEDEFAM, Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares y de detenidos-desaparecidos, <http://www.desaparecidos.org> sitio visitado en 7 de agosto de 2010.

URIBE VARGAS, DIEGO, “*Libro Blanco de la República de Colombia 1980*”, http://www.sogeocol.edu.co/documentos/Lib_Blanco.pdf