

MEMORIAL EN DERECHO ANTE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
EN EL CASO JUAN GELMAN, MARÍA CLAUDIA GARCÍA IRURETAGOYENA DE GELMAN
Y MARÍA MACARENA GELMAN GARCÍA IRURETAGOYENA
CONTRA LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

(CASO 12.607)

AMICUS CURIAE PREPARADO POR

Redactores:

Jorge Errandonea - Carlos María Pelayo Moller - Carolina Villadiego Burbano-

Colaboradores bajo la supervisión de Marc Perron:

Janie Boissonneault, Daniel Crespo, Marie-Claire Dumont Élyse Desjardins, y Pascale Laverdure de la *Clínica Internacional de Defensa de los Derechos Humanos de Universidad de Quebec en Montreal*

1 DE DICIEMBRE DE 2010.

Presentación.

En atención a lo dispuesto por el artículo 44.1 y 44.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Carlos María Pelayo Moller, Carolina Villadiego Burbano, ciudadana colombiana identificada con CC. 52389690 de Bogotá, y Jorge Errandonea ciudadano uruguayo identificado con cédula No. 1782589-7, con la colaboración de Janie Boissonneault, Daniel Crespo, Marie-Claire Dumont Élyse Desjardins, y Pascale Laverdure, bajo la supervisión de Marc Perron, de la Clínica Internacional de Defensa de los Derechos Humanos de Universidad de Quebec en Montreal, presentamos el presente escrito en calidad de *amicus curiae* dentro del procedimiento del caso contencioso de Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena Vs. La República Oriental del Uruguay (Caso 12.607) el cual se encuentra bajo el conocimiento de este Tribunal y cuya audiencia pública fue celebrada los días 15 y 16 de noviembre de 2010.

Tabla de contenido

Introducción.	5
Capítulo I. La sustracción y apropiación ilícita de niños como una forma de desaparición forzada y una vulneración permanente a su derecho a la identidad.	6
I. <i>Corpus juris</i> de los derechos de la infancia en el marco del sistema interamericano.....	6
II. La sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas como forma de desaparición forzada	9
A. Análisis del derecho internacional de los derechos humanos.	11
B. Análisis de las disposiciones internas del Estado de Uruguay.	15
C. La configuración de una Desaparición Forzada de acuerdo a la CIDFP en el caso particular de sustracción y apropiación ilícita de niños.	15
D. Derechos de la CADH vulnerados como consecuencia de la Desaparición Forzada derivada de la sustracción y apropiación ilícita de niños.....	21
1.1. <i>El derecho a la vida</i>	22
1.1. <i>El derecho a la integridad personal</i>	24
1.3. <i>El derecho a las medidas especiales de protección</i>	26
1.4. <i>El derecho la identidad de los niños y niñas contenido en los artículos, 3º, 17, 18, 19 y 20 de la CADH.</i>	27
1.4.1. El derecho a la identidad de niños y niñas	27
1.4.2. El análisis de la vulneración pluriofensiva de los artículos 3º, 17, 18, 19 y 20 de la CADH .	32
1.4.2.1. El derecho a la protección a la familia	32
1.4.2.2. El derecho al nombre	34
1.4.2.3. El derecho a la nacionalidad.....	35
1.4.2.4. El derecho a la personalidad jurídica	36
1.4.2.5. El derecho a las medidas especiales de protección.....	37
III. Conclusión sobre la vulneración de los derechos de los niños/as en el caso que examina el Tribunal	37
Capítulo 2: Los estándares internacionales en materia de leyes de amnistía y su relación con el caso Gelman.	39
I. Las leyes de amnistía en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	44
A. El análisis de leyes de amnistía ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. ..	44
B. Los primeros casos en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció indirectamente problemáticas suscitadas a raíz de la existencia o aplicación de leyes de amnistía.	45

C.	El estándar en materia de leyes de Amnistía de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Los casos Barrios Altos, La Cantuta y Almonacid Arellano.....	46
II.	El estándar en materia de leyes de Amnistía en la Organización de las Naciones Unidas.....	49
A.	Posición de los órganos de la Carta de Naciones en materia de amnistías	50
B.	El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.....	51
C.	Caso Rodríguez v. Uruguay en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas....	54
D.	Comité contra la Tortura.....	55
III.	El estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	56
IV.	El estándar de los Tribunales penales internacionales.....	57
V.	El Estándar del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en materia de amnistías.	58
VI.	La recepción de estándares internacionales en materia de leyes de amnistía en Cortes y Tribunales Nacionales.	59
VII.	Sobre La recepción de estándares internacionales en materia de leyes de amnistía por parte de la Suprema Corte Justicia de Uruguay.....	62
VIII.	Sobre la relación entre derechos humanos y democracia, y sus implicaciones para el Caso Gelman.	63
IX.	Sobre la necesidad de implementar medidas de reparación que contemplan la supresión de la ley de caducidad.....	68
X.	Conclusión.....	70

Introducción.

1 - La intervención que se presenta en calidad de *amicus curiae* tiene el objetivo central de aportar al debate en relación a dos puntos que están contenidos en los problemas jurídicos que debe resolver la Corte Interamericana de derechos Humanos (“en adelante “Corte IDH” o “Corte Interamericana”) en el Caso Gelman contra la República Oriental del Uruguay.

2 - El primer punto (Capítulo 1) que se analizará se encuentra relacionado con la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas en el contexto particular del presente caso. En concreto, se aportan elementos para sostener que ese tipo de conducta constituye un tipo particular de Desaparición Forzada que viola varios derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH” o “Convención Americana”) que deben ser interpretados de acuerdo al *corpus juris* internacional sobre derechos de infancia.

3 - Adicionalmente, se afirma la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas de acuerdo con las circunstancias concretas del caso que examina el Tribunal, genera una vulneración *pluriofensiva* a los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la familia y a las medidas especiales de protección del niño contenidos en la CADH.

4 - Los que suscribimos este documento, consideramos que este caso (al igual que el caso *Gregoria Herminia Contreras y otros Contra la República de El Salvador*) constituye una oportunidad para que la Corte IDH pueda adentrarse a establecer los contenidos del derecho a la identidad, así como analizar el fenómeno de la sustracción y apropiación ilícita de niños a la luz de los estándares interamericanos en materia de desaparición forzada de personas. Esto último adquiere mayor relieve si se tiene en cuenta que este tipo de violaciones a los derechos humanos se caracterizó por ser una práctica sistemática en el marco de varias dictaduras y conflictos armados en el continente americano.

5 - El segundo punto (Capítulo 2) que se desea abordar hace referencia a la prohibición de adoptar leyes de amnistía o de similar naturaleza que amparen a los perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos. Esa prohibición será examinada desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, del derecho penal internacional, y del derecho internacional humanitario. Se hará también mención a la recepción de esos estándares internacionales en materia de leyes de amnistía en los ámbitos nacionales así como en la jurisprudencia reciente en cortes y tribunales de Uruguay.

Capítulo I. La sustracción y apropiación ilícita de niños como una forma de desaparición forzada y una vulneración permanente a su derecho a la identidad.

6 - Este capítulo tiene como propósito argumentar que la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas es una forma de desaparición forzada, y que dicha sustracción vulnera el derecho a la identidad de las personas menores de edad derivado de una violación *pluriofensiva* a varios derechos contenidos en la CADH. Para ello, el documento realizará un análisis: i) del *corpus juris* de los derechos de la infancia en el marco del sistema interamericano; ii) de las consideraciones que permiten sostener que la sustracción y apropiación ilícita de niños/as es una forma de Desaparición forzada, y; iii) de la necesidad de una construcción jurisprudencial del derecho a la identidad en el marco de la CADH.

I. *Corpus juris* de los derechos de la infancia en el marco del sistema interamericano

7 - Los niños, niñas y adolescentes son **sujetos titulares** de derechos y no objetos de protección¹, y por ello, gozan de todos los derechos humanos² contemplados en la CADH y en los demás instrumentos interamericanos e internacionales que respetan y garantizan sus derechos e integran el *corpus juris* de los derechos de la infancia³. Cualquier violación a sus derechos humanos reviste especial gravedad⁴ debido a su especial condición de vulnerabilidad.

8 – Además, los niños y niñas gozan de derechos adicionales o complementarios que implican medidas especiales de protección de parte del Estado, la sociedad y la familia, de acuerdo con el artículo 19 de la CADH⁵.

9 - La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en materia de infancia, que existe un amplio *corpus juris* que permite definir el contenido y alcance de los derechos de la CADH cuando se

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, San Jose, Costa Rica, Agosto, 2002. Parte Resolutiva. Opinión No. 1.

² *Ibidem*. Párr. 54 y Parte Resolutiva. Opinión No. 8.

³ Así lo ha reconocido la Corte Interamericana en distintas sentencias. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, San José, Costa Rica, Noviembre 1999. Párr. 146; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), San José, Costa Rica, 2009. Párr. 189; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-17/2002, Op. Cit. Párr. 71.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, San José, Costa Rica, 2005. Párr. 134.

⁵ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 19. También, véase: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 24; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC – 17/2002, Op. Cit. Párr. 54; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), San José, Costa Rica, Mayo, 2010. Párr. 165.

trata de niños y niñas⁶. Dicho *corpus juris* reconoce también principios y derechos específicos que tienen los niños/as sin que se vulnere el derecho a la igualdad de las personas⁷.

10 - La Corte Interamericana ha acudido a dicho *corpus juris* en materia de infancia y adolescencia para, por ejemplo:

10.1 - Utilizar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño -CIDN (1989) como criterio de interpretación de distintos artículos de la CADH, tales como, el artículo 4º⁸, 8º⁹, 17¹⁰, y 19¹¹ de la CADH.

10.2. - Utilizar la CIDN para determinar quién puede considerarse un niño a la luz de la Convención Americana¹².

10.3. - Emplear el principio fundamental establecido en la CIDN¹³, como criterio de interpretación de los derechos de los niños y las niñas¹⁴.

10.4. - Interpretar, cuando se trata de niños y niñas, los derechos de la CADH realizando consideraciones adicionales y específicas derivadas de la protección especial de la que es acreedora la población infantil¹⁵. Un ejemplo de esto, fue la interpretación del derecho a la vida de los niños y niñas que para la Corte no solo contempla las prohibiciones establecidas en el artículo 4º de la Convención, sino también, comprende *“la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas”*¹⁶. Otro ejemplo, fue la interpretación del

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chita y Nech y otros vs. Guatemala, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), San José, Costa Rica, Mayo, 2010. Párr. 165.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., párr. 54. También, véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 164.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., párr. 80.

⁹ *Ibidem*. Véase, entre otros: Párr. 109, 118, 134.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 157 y 158; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Parte resolutive, Opinión No. 4.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., párr. 24. También, Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 194 y 195.

¹² En efecto, la Corte adoptó la definición de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, según la cual, niño es toda persona menor de 18 años. Sobre este tema, véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., párr. 23; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe: La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (segunda edición), párr. 31 y 32.

¹³ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Artículo 3º. “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

¹⁴ Véase, entre otras: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala □, Op. Cit., Párr. 184. También, véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Opinión No. 2. En esta última, mencionó la Corte: *“Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”*.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Párr. 61.

¹⁶ *Ibidem*., Parte Resolutive, Opinión No. 7 y Párr. 80.

artículo 8º de la CADH cuando se trata de un niño o niña al que se le acusa de haber infringido las leyes penales, para establecer que se debe realizar una atención diferenciada y específica para lo cual es necesario contar con órganos jurisdiccionales especializados que se encarguen del conocimiento de las conductas punibles¹⁷.

10.5. - Establecer que el derecho de protección a la familia implica considerar que ésta es primordial para el desarrollo del niño/a y por lo tanto se debe garantizar la vida familiar entre padres e hijos¹⁸. Adicionalmente, mencionó que es fundamental preservar la permanencia de los niños/as en su núcleo familiar salvo que existan razones legítimas para lo contrario, en cuyo caso la separación debe ser excepcional¹⁹.

10.6. - Reconocer que los niños y niñas tienen además de los derechos de todas las personas, algunos derechos específicos no reconocidos para otras personas²⁰, como por ejemplo, la aplicación de medidas alternativas a las judiciales en controversias penales²¹.

10.7. - Reconocer que las medidas especiales de protección de los niños y niñas contempladas en el artículo 19 de la CADH deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. Así por ejemplo, la Corte estableció en un caso con niños indígenas que se debía proteger su derecho a vivir de acuerdo con su cultura, religión e idioma²². De igual manera, estableció que algunas medidas de protección podían estar asociadas a la no discriminación, a contar con una asistencia especial cuando los niños/as han sido privados de su medio familiar, a tener reintegración social cuando han sido víctimas de explotación, entre otras²³.

11 - Por lo anterior, se solicita a la Corte Interamericana que para la interpretación del alcance y contenido de **todos** los derechos del niño que considere vulnerados en el caso que examina, tenga en cuenta el *corpus juris* de los derechos de la infancia y adolescencia, especialmente la CIDN ratificada por el Estado uruguayo en Noviembre de 1990²⁴.

12- Además, se pide que tenga presente que, dado que los niños y las niñas son sujetos titulares de todos los derechos humanos reconocidos en la CADH, el alcance y contenido de cada uno de ellos puede ser interpretado a la luz del *corpus juris* de los derechos de la infancia, sin que para ello sea necesario acudir a una interpretación extensiva del artículo 19 de la CADH, pues éste contempla un derecho complementario que incluye únicamente las medidas especiales de protección a cargo del

¹⁷ Ibidem. Párr. 109 y Parte Resolutiva, Opinión No. 11. Esta situación está de acuerdo con lo expresamente establecido en la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, Artículo 40, numeral 3º.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 157 y 158. También, véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Parte resolutiva, Opinión No. 4.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Opinión No. 4 y 5.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Opinión No. 3.

²¹ Ibidem., Opinión No. 11. Este derecho está establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículo 40, numeral 3º y 4º.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 167.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Párr. 196.

²⁴ Véase: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en (última vez consultado: Noviembre 27 de 2010)

Estado, la sociedad y la familia. En efecto, la Corte puede acudir al *corpus juris* de los derechos de infancia para interpretar el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, al nombre, a la nacionalidad, a la familia, entre otros, cuando se trata de niños y niñas, y además, puede acudir al *corpus juris* de los derechos de infancia para interpretar las medidas especiales de protección establecidas en el artículo 19 de la CADH.

13 - Los subcapítulos siguientes presentan argumentos para que además la Corte Interamericana:

13.2. - Interprete que la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas constituye una forma de desaparición forzada que solo cesa cuando se conoce el paradero e identidad de la víctima. También, se pide que declare que en estos casos, esta conducta *pluriofensiva* vulnera los derechos a la personalidad jurídica (Art. 3), a la vida (Art. 4), a la integridad personal (Art. 5), a la libertad personal (Art. 7), al nombre (Art. 18), a la familia (Art. 17), y a las medidas especiales de protección a las que tienen derecho los niños (Art. 19), a la nacionalidad (Art. 20), contempladas en la CADH.

13.2. - Interprete el contenido y alcance de los derechos a la personalidad jurídica (Art. 3º), al nombre (Art. 18), a la nacionalidad (Art. 20), a la familia (Art. 17) y a las medidas especiales de protección de los derechos del niño (Art. 19) contemplados en la CADH, de conformidad con el *corpus juris* de los derechos de la infancia. De manera particular, se solicita que realice una interpretación jurisprudencial del *derecho a la identidad*²⁵ de los niños y niñas, e interprete que en el marco de la sustracción y apropiación ilícita según las circunstancias del caso que examina el Tribunal, se genera una vulneración *pluriofensiva* de dichos derechos que afecta la identidad de la persona.

II. La sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas como forma de desaparición forzada

14 - Como ya fuera expresado por la Corte IDH en múltiples ocasiones, la Desaparición Forzada constituye una violación múltiple de varios derechos consagrados en la CADH que comienza a consumarse “con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, **y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se conozca con certeza su identidad**”²⁶ [Resaltados fuera del texto].

15 – El carácter *pluriofensivo* y *permanente* de la Desaparición Forzada se encuentra consagrado en varios instrumentos internacionales como el artículo II de la CIDFP, el artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y el

²⁵ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Art. 8º. El mencionado artículo establece: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

²⁶ Véase Corte IDH entre otros, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 215, Párr. 59.

artículo 7º, numeral 2º, inciso i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Además, como lo señalara la Corte IDH, esta posición ha sido reafirmada por los informes y la jurisprudencia de Tribunales Internacionales, de Órganos Internacionales de Protección a los Derechos Humanos y Tribunales Nacionales de varios Estados de las Américas²⁷.

16 – Asimismo, como lo señalara el Alto Tribunal, cuando la Desaparición Forzada se produce como parte de un patrón sistemático o de una práctica aplicada o tolerada por el Estado, la misma reviste el carácter de crimen de lesa humanidad²⁸. En el caso de Uruguay, se considera que el acto aislado de Desaparición Forzada es un Crimen de Lesa Humanidad²⁹ (sin necesidad de que exista un contexto de generalidad o sistematicidad) de carácter permanente *mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*³⁰.

17 – Hasta el momento, la Corte IDH no se ha pronunciado sobre la naturaleza que reviste la sustracción de niños y niñas por parte de agentes de un Estado para que sean entregados ilegítimamente en crianza a otras familias, modificando la identidad de los niños/as y sin informar a las familias biológicas sobre su paradero y³¹. Pero, la Corte ha dicho que una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de niños/as reviste una especial gravedad³².

18 - En este documento, se argumenta que esos hechos constituyen un tipo particular de Desaparición Forzada de acuerdo a las definiciones de los Instrumentos Internacionales. En particular se sustenta que la sustracción de una niña como la del caso que examina el Tribunal por parte de agentes del Estado con posterioridad a la Desaparición Forzada de sus padres biológicos, constituye una violación a su vida, integridad personal, libertad, medidas especiales de protección, e identidad, que se mantuvo hasta el momento en que se pudo conocer su identidad en el año 2000.

²⁷ Véase Corte IDH entre otros, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, Op. Cit. Párr. 60 y notas al pie 51 a 54.

²⁸ Véase Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 artículo 7, ratificado por Uruguay en 2002, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994, ratificada por Uruguay en 1996, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2 de diciembre de 2006, ratificado por Uruguay en 2009, Artículo 5, Véase asimismo, Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, Párr. 118, Corte I.D.H., Caso Goiburú y otros. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, Párr. 82; Caso Gómez Palomino. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, Párr. 82; Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Excepciones preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, Párr.s 100 a 106; y Caso Molina Theissen. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004, Serie C No. 108, Párr. 82.

²⁹ Véase Ley 18.026 de 4 de octubre de 2006. Cooperación con La Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, artículo 21, Tpitulo II, capítulo 2.

³⁰ Véase Ley 18.026, artículo 21.2.

³¹ Por ejemplo en el caso de la Masacre de la Dos Erres Vs. Guatemala, Sentencia de 24 de Noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia C – 211, Párr. 199, la Corte señala *la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de menores*, pero sin pronunciarse sobre su eventual calificación como Desaparición Forzada.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 199.

19 – Dado que el Estado uruguayo es parte de la CIDFP³³ desde el año 1996 y que la desaparición forzada es un delito de carácter permanente, en el caso que examina el Tribunal, el Estado habría violado las disposiciones de la Convención hasta la fecha en que se estableció el paradero e identidad de la víctima (además de una violación a la CADH desde 1985).

20 – Adicionalmente, teniendo en cuenta que se trata de una desaparición forzada de niños/as, este documento considera que la interpretación de la violación pluriofensiva a todos los derechos comprometidos, debe tener en cuenta el *corpus juris* de los derechos de infancia.

A. Análisis del derecho internacional de los derechos humanos.

21 - La CIDFP, en su artículo XII dispone que “[l]os Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o **retenidos** en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores” [resaltado fuera del texto].

22 - Si bien la CIDFP no menciona la sustracción de niños como una modalidad particular de Desaparición forzada, este documento sostiene que la Corte debe considerar el *corpus juris* internacional interamericano e internacional sobre la materia, para definir la naturaleza de la **retención** de los niños/as que deben ser **identificados, localizados y restituidos** de acuerdo a las disposiciones del artículo XII de la CIDFP³⁴.

23 - Para ello, se propone acudir a la normatividad internacional en materia de Desaparición Forzada, así como, a la jurisprudencia y a los informes de los órganos internacionales de protección a los derechos humanos. Igualmente, se propone interpretar los derechos afectados de conformidad con el *corpus juris* de los derechos de infancia.

Normatividad internacional

³³ Ratificada el 6 de febrero de 1996, y el Instrumento de ratificación fue depositado el 2 de abril de 1996.

³⁴ La jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado en varias oportunidades que “el análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal. Sólo de este modo el análisis legal de este fenómeno es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva, con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias, teniendo en cuenta **el corpus juris de protección tanto interamericano como internacional**”, “el análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal. Sólo de este modo el análisis legal de este fenómeno es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva, con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias, teniendo en cuenta **el corpus juris de protección tanto interamericano como internacional**” [resaltado fuera del texto]. Véase entre otros Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 215, Párr. 68, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, Párr. 87, Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, Párr. 146, Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, Párr. 65 y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 145.

24 - La **Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas** dispone en su artículo 25:

“1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente:
a) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada;
b) La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso a) supra.
2. Los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para buscar e identificar a los niños mencionados en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo y restituirlos a sus familias de origen conforme a los procedimientos legales y a los acuerdos internacionales aplicables. (...)”
[Resaltado fuera del texto].

25 - La **Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**³⁵, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1992 dispone en su artículo 20.1: *“Los Estados prevendrán y reprimirán la apropiación de hijos de padres de víctimas de una desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres víctimas de la desaparición forzada y se esforzarán por buscar e identificar a esos niños para restituirlos a su familia de origen (...)”*.

Jurisprudencia e informes Internacionales

26 - La Asamblea General de las Naciones Unidas, en una Resolución aprobada en el año 2004, solicitó al Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias *“que preste la debida atención a los casos de niños desaparecidos y de hijos de padres desaparecidos y que coopere estrechamente con los gobiernos interesados en la búsqueda y la identificación de dichos niños”*³⁶. La Asamblea General ya había cursado el mismo tipo de solicitud al Grupo de Trabajo en años anteriores³⁷.

27 - La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas apeló en más de una oportunidad a que se *“[s]iga prestando particular atención a los casos de niños víctimas de desapariciones forzadas y de hijos de padres desaparecidos, y cooperando estrechamente con los gobiernos interesados en la búsqueda e identificación de esos niños”*³⁸.

³⁵ Véase Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/47/133, Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

³⁶ Véase Naciones Unidas, Asamblea general, Resolución [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/49/610/Add.2)] 49/193. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Diciembre 2004.

³⁷ Véase Naciones Unidas, Asamblea general, Resolución [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/55/602/Add.2)], 55/103. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias, 8 de diciembre de 2000: *“que preste la debida atención a los casos de niños desaparecidos y de hijos de padres desaparecidos y que coopere estrechamente con los gobiernos interesados en la búsqueda y la identificación de dichos niños”*

³⁸ Véase entre otras Naciones Unidas, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias, E/CN.4/RES/1997/26, 11 de abril de 1997, 2.d); E/CN.4/RES/1998/40, 17 de abril de

28 - El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, en varios de sus informes ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se refirió a la sustracción de niños y niñas como desaparición forzada. Así, por ejemplo en el informe del año 2007 señaló en cuanto a la desaparición de niños y niñas durante el conflicto armado en El Salvador: *“Un fenómeno que se dio en el país durante la época del conflicto armado en El Salvador fue **la desaparición forzada de niñas y niños**. Según fuentes consultadas, este fenómeno respondió a una estrategia deliberada, en el marco de la violencia institucionalizada del Estado que caracterizó a la época del conflicto. Según dichas fuentes, **los niños y niñas eran sustraídos durante la ejecución de operativos militares después de que sus familiares fueran ejecutados u obligados a huir para proteger sus vidas. Asimismo, era frecuente la apropiación de niños y niñas por parte de jefes militares quienes los incluían en sus senos familiares como hijos**”* [Resaltado fuera del texto]³⁹.

29 – Recientemente, el mismo Grupo de trabajo sobre Desaparición forzada observó *“que los niños también son víctimas de las desapariciones, tanto directa como indirectamente”*. Y que *“[l]a desaparición de un niño, su traslado ilícito y la pérdida de un progenitor debido a su desaparición son violaciones graves de los derechos del niño”*⁴⁰.

30 - El Comité de los Derechos del Niño, en varias oportunidades, ha hecho referencia a la desaparición forzada de los niños y niñas sustraídos a sus familias biológicas durante los conflictos en El Salvador y Guatemala, así como, a aquellos que desaparecieron durante la Dictadura en Argentina. Así, en las observaciones finales sobre Argentina de 2002, en el subacápite sobre **preservación de la identidad**, se refiere a los más de 500 niños que desaparecieron durante la dictadura militar y hace alusión a los progresos realizados por Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad para identificarlos⁴¹. En ese sentido, el mismo órgano se expresó en las observaciones finales sobre Guatemala⁴² en el año 2010, y en las observaciones finales sobre El Salvador⁴³ de 2010 y 2004.

31 – Adicionalmente, la Comisión Interamericana en la demanda del Caso Gregoria Herminia Contreras y otros contra El Salvador, estableció que la apropiación de los niños y niñas se consideraba

1998, 2.d); E/CN.4/RES/1999/38, 26 de abril de 1999, 2.d); E/CN.4/RES/2000/37, 20 de abril de 2000, 2.d); E/CN.4/RES/2001/46, 23 de abril de 2001, 2.d), Véase también E/CN.4/RES/1995/38, 3 de marzo de 1995, Párr. 23.

³⁹ Véase Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Reporte del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias, Adición, Misión a El Salvador, A/HRC/7/2/Add.2, 26 de octubre de 2007, Párr. 23, Véase también Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Reporte del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias, Adición, Misión a Argentina, Documento A/HRC/10/9/Add.1, 5 de enero de 2009, Párr. 10: *“Un fenómeno específico que se dio en el país durante la época de la dictadura militar de 1976 a 1983 en la República Argentina fue **la desaparición forzada de niñas y niños, y de niños y niñas nacidos en cautiverio. Los niños y niñas eran sustraídos, despojados de su identidad y arrebatados de sus familiares. Asimismo, era frecuente la apropiación de niños y niñas por parte de jefes militares quienes los incluían en sus senos familiares como hijos**”* [resaltado fuera del texto].

⁴⁰ Véase Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias. A/HRC/10/9, 25 de febrero de 2009, Párr.s 456.

⁴¹ Véase Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Argentina, CRC/C/15/Add.187, 9 de octubre de 2002, Párr.s 34 y 35.

⁴² Véase Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 25 de octubre de 2010, Párr. 87.

⁴³ Véase Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, El Salvador, CRC/C/SLV/CO/3-4, 17 de febrero de 2010, Párr.s 4 a), 37 y 38; CRC/C/15/Add.232, 30 de junio de 2004, Párr.s 31 y 32.

una desaparición forzada en la medida que los niños habían sido *“llevados por parte de miembros de las Fuerzas Armadas [...] sin que, hasta la fecha se tenga conocimiento del paradero o del destino de cinco de ellos[...y que e]n cuanto a Gregoria Herminia Contreras, su destino tan sólo logró establecerse 24 años después de su desaparición”*⁴⁴ [resaltado fuera del texto]. Agrega la CIDH que *“la actitud de los funcionarios militares de negar lo sucedido y la ausencia de registros oficiales sobre el destino de los niños y niñas que tras un operativo quedaban bajo custodia de organismos militares, han sido los principales obstáculos en las investigaciones que se iniciaron en la vía interna”*⁴⁵.

32 - La Comisión concluye que, con lo anterior es suficiente para establecer que lo sucedido a los 6 niños debe calificarse como una desaparición forzada⁴⁶, incluyendo a la niña Gregoria Herminia Contreras que **había sido llevada a la casa de la madre de unos de los soldados (el mismo solicitó autorización para quedarse con ella), quién con posterioridad, “la registró como su hija cambiándole el nombre y el apellido”**⁴⁷.

33 - La Corte IDH, en el caso de las Hermanas Serrano Cruz, declaró, en cuanto a la desaparición de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, de 3 y 7 años de edad al momento de la ocurrencia de los hechos, sustraídas por fuerzas militares en el marco del conflicto salvadoreño, que *“[a] pesar de que han transcurrido más de veintidós años desde que [...] fueron vistas por sus familiares por última vez, la Corte ha considerado que es probable que se encuentren con vida, ya que los niños desaparecidos en la “guinda de mayo” de 1982 que la Asociación Pro-Búsqueda ha encontrado fueron localizados con vida, y se alega que Ernestina y Erlinda también desaparecieron en la “guinda de mayo” de 1982”*⁴⁸. Más adelante agregó en cuanto al 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, la Corte observa que la función de la Comisión no puede limitarse a “colaborar”, sino que 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”*⁴⁹.

34 - Lo anterior nos permite llegar a una primera conclusión: existen elementos en el *corpus juris* de protección interamericana e internacional de los derechos humanos que permiten sostener que la *retención* (en los términos de la CIDFP), es decir la *sustracción y apropiación ilícita* de niños, niñas u adolescentes en las circunstancias parecidas a las del caso en conocimiento del Tribunal, constituyen una forma de Desaparición forzada.

⁴⁴ Véase CIDH Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Gregoria Herminia Contreras y otros (Caso 12.517) Contra la República de El Salvador, 28 de junio de 2010, Párr.s 146 y 147.

28 de

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem, Párr. 148.

⁴⁷ Ibidem Párr. 67.

⁴⁸ Véase Corte IDH, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C-120, Párr. 179.

⁴⁹ Ibidem Párr. 185.

B. Análisis de las disposiciones internas del Estado de Uruguay.

35 – El Estado de Uruguay reconoce en la ley 18.596, sobre reconocimiento y reparación a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 8 de febrero de 1985, *“la condición de víctima y la responsabilidad institucional que le cabe al haber afectado la dignidad humana de quienes hubiesen (...)os que siendo niñas o niños hayan permanecido desaparecidos”*⁵⁰. El artículo 10 de la misma ley hace referencia a los niños *secuestrados*, y el artículo 11. C) se refiere a las *“víctimas que siendo niños o niñas hayan permanecido desaparecidas por más de treinta días”*.

36 - Por otro lado, la Resolución de la Presidencia de la República N° 858/2000, de 9 de agosto de 2000 por la cual se crea la Comisión para la Paz, menciona que es necesario *“dar los pasos posibles para determinar la situación de los detenidos-desaparecidos durante el régimen de facto, así como de los **menores desaparecidos en iguales condiciones**”*. (Resaltado fuera de texto)

37 – De esta manera, se puede concluir que existen disposición internas en la normatividad uruguaya que permiten inferir que la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas se encuentra incluida dentro de la categoría de Desaparición Forzada de Personas.

C. La configuración de una Desaparición Forzada de acuerdo a la CIDFP en el caso particular de sustracción y apropiación ilícita de niños.

38 - De acuerdo al artículo II de la CIDFP, *“se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”*.

39 - Los elementos constitutivos de la Desaparición Forzada son: a) la privación de la libertad, b) la intervención directa de agentes estatales o de personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de los mismos, y c) la falta de información o la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona⁵¹. En este documento se

⁵⁰ Véase artículo 9. H) de la ley 18.596, sobre reconocimiento y reparación a las víctimas de la actuación ilegítima del estado entre el 13 de junio de 1968 y el 8 de febrero de 1985, de 19 de octubre de 2009.

⁵¹ Véase también entre otros, Véase entre otros Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 215, Párr. 60, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, Párr. 85, Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, Párr. 140, Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, Párr. 60, Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 55 y Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136. párr. 97.

analiza principalmente el primer elemento y se ofrecen argumentos para analizar el tercero, de acuerdo con la vulneración permanente del *derecho a la identidad* de los niños/as apropiados ilícitamente, pues dado que la desaparición forzada cesa hasta que se conoce el paradero o la suerte de la víctima, ello está íntimamente ligado con el restablecimiento del *derecho a la identidad*.

La privación a la libertad

40 – En el caso que examina el Tribunal, la demanda de la CIDH menciona que no existe controversia respecto de que María Claudia García Iruretagoyena de Gelman fue: i) detenida al amanecer del 24 de agosto de 1976 en su residencia de Buenos Aires; ii) transferida al centro de detención clandestino conocido como AUTOMOTORES ORLETTI; iii) trasladada a Uruguay la segunda semana de octubre de 1976 en avanzado estado de gravidez; iv) trasladada al Hospital Militar para el parto donde dio a luz a una niña a fines de octubre o comienzos de noviembre; y v) retirada del Hospital militar y su hija le fue sustraída para ser entregada a un funcionario policial quien la inscribió como su hija legítima⁵².

41 – Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario establecer las características de la privación de libertad a la que se somete a un niño/a recién nacido que es sustraído y apropiado ilícitamente.

42 – Dado que la CIDFP no define el sentido de la privación a la libertad, es necesario acudir a otros instrumentos internacionales para definir su contenido y alcance, teniendo presente las particularidades que este derecho implica en los casos de niños y niñas.

43 – En primer lugar, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el derecho a la libertad personal se encuentra definido en los Artículo I⁵³ y XXV⁵⁴ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 7º de la CADH sobre Derechos Humanos⁵⁵.

44 – En el caso que examina el Tribunal, es de especial relevancia los artículos 7.1 y 7.2 de la CADH.

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Véase asimismo las sentencias de tribunales internacionales y nacionales citadas en las notas al pie 51 a 54 del caso Ibsen Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia.

⁵² Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena (Caso 12.607) contra la República Oriental del Uruguay, 21 de enero de 2010, Párr. 50 y 51.

⁵³ *Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*

⁵⁴ *Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.*

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

⁵⁵ *1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. (...)

2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.*

45 – El derecho a la libertad contenido en el artículo 7.2 de la CADH se refiere a la libertad física (cuyo núcleo esencial está relacionado con la libertad de moverse que se superpone con el derecho a la libertad de circulación⁵⁶), mientras que el artículo 7.1 contiene un concepto más amplio.

46 – Igualmente, es relevante tener en cuenta el artículo 37) b y c de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que integra el *corpus juris* de infancia. Este artículo establece en los numerales mencionados:

“b) **Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente.** (...);

c) **Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana,** y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. (...).”

47 – Teniendo en cuenta lo anterior, la mera sustracción ilegítima de un niño/a por parte de un agente estatal, para ser entregado en crianza a otra familia sin la observancia de los procedimientos legales para ello, constituye una privación ilegal de la libertad en los términos del artículo 7.2 de la CADH y de la CIFDP. Además, un agente estatal que retiene físicamente un niño/a recién nacido, sin el consentimiento de sus padres y sin el procedimiento adecuado para que dicha retención pudiese considerarse legítima, implica que no está tratando al niño con dignidad y humanidad en los términos del artículo 37.c de la CIDN.

48 – Pero la sustracción y apropiación ilícita de niños/as también viola el derecho a la libertad en los términos del artículo 7.1 de la CADH. Se ha dicho, que el alcance de este derecho puede implicar que la persona realice su vida de conformidad con sus propios valores y deseos, o *con la posibilidad de auto determinarse, es decir de conducirse en la vida como a la persona le parezca, siempre que sus actos no afecten los derechos de terceros*⁵⁷. Además, la Corte Constitucional Colombiana ha mencionado que la vulneración al derecho a la libertad contiene la afectación a *“la capacidad que la Constitución reconoce a las personas a autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecten derechos de terceros”*⁵⁸, *“cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”*⁵⁹. Además, agrega que las restricciones a ese derecho “no

⁵⁶ Véase, Cecilia Medina et al, Op Cit, página 213.

⁵⁷ Véase, Cecilia Medina et al, *La Convención Interamericana. Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2003, página 212, Párr. 2.

⁵⁸ Véase, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-309/97, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁹ Sentencia T-429 de 1994. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. Consideración de la Corte 2.

*pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal*⁶⁰.

49 – El derecho a la libertad y seguridad personal de los niños y niñas en los términos del artículo 7.1 de la CADH debe tener en cuenta que, en materia de infancia, el ejercicio libre y autónomo de los derechos se ejerce de manera progresiva a medida que el niño/a desarrolla mayor grado de autonomía personal⁶¹. Por ello, se ha dicho que la familia ocupa un rol esencial en la garantía de los derechos civiles y políticos de los niños/as⁶².

50 - Justamente por esto, el análisis del artículo 7.1 de la CADH debe estar relacionado con el Artículo 17 de la Convención, ya que si la familia es fundamental para garantizar el derecho a la libertad de los niños/as, cualquier vulneración a la familia, genera un impacto en el derecho a la libertad personal. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que existe la obligación de no separar al niño de su familia de manera arbitraria o ilícita⁶³ y que se debe garantizar el derecho del niño/a a que no sea sujeto a injerencias arbitrarias en su vida privada⁶⁴. La Corte ha mencionado que el niño/a debe permanecer principalmente con su núcleo familiar, *“salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”*⁶⁵.

51 - Más aún, el análisis del artículo 7.1 de la CADH debe tener en cuenta que durante los primeros años de vida, el ejercicio y goce de los derechos requiere *medidas especiales de protección* de parte de la familia, la sociedad y del Estado (Artículo 19 de la CADH) para evitar su privación ilegal o arbitraria a la libertad. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño ha establecido en materia de primera infancia que es necesario *“reforzar la comprensión de los derechos humanos de todos los niños pequeños y señalar a la atención de los Estados Partes sus obligaciones para con los niños en la primera infancia”*⁶⁶.

51 – Por otra parte, el alcance y contenido del derecho a la libertad personal de niños/as debe tener en la CIDN que integra el *corpus juris* de los derechos de infancia⁶⁷. En este marco, existe el derecho del niño a no ser separado de sus padres en contra de la voluntad de éstos, salvo que medie una orden legítima de autoridad competente, y en caso de que dicha separación sea el resultado de *“una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la*

⁶⁰ Véase, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-309/97. M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC – 17 de 2002, Op. Cit. Párr. 41.

⁶² Comité de los Derechos del Niño, Role of the Family in the Promotion of the Rights of the Child, Op. Cit. P. 1.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC – 17 de 2002, Op. Cit. Párr. 71.

⁶⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 11.2.

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC – 17 de 2002, Op. Cit. Párr. 77 y Parte Resolutiva, Opinión No. 4 y 5.

⁶⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia CRC/C/GC/7/Rev.1, 40º período de sesiones, Ginebra, Suiza, Septiembre, 2006. P. 1.

⁶⁷ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chita y Nech y otros vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 165; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC – 17 de 2002, Op. Cit. Párr. 24.

custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño”⁶⁸.

52 – Además, el artículo 16 de la CIDN, idéntico al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. El Comité de Derechos Humanos interpretó que el derecho contenido en el artículo 17 del PIDCP⁶⁹ había sido vulnerado en un caso de una niña sustraída y apropiada ilícitamente en Argentina, al igual que su derecho a la familia regulado en el artículo 23.1 del PIDCP y al nombre contenido en el artículo 24.2 de dicho instrumento⁷⁰.

53 – Ahora bien, La relación que existe entre el derecho a la libertad y a la protección a la familia ha sido establecida en varias legislaciones nacionales de los países de las Américas:

53.1. - El estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil regula que el derecho a la libertad de los niños y niñas comprende el derecho a “participar en la vida familiar y de la comunidad, sin discriminación”⁷¹.

⁶⁸ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Artículo 9º. El mencionado artículo establece: Artículo 9. “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el Párr. 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. Artículo 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

⁶⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 17. El mencionado artículo establece: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

⁷⁰ Human Rights Committee, Mónaco de Gallicchio, on her behalf and on behalf of her granddaughter Ximena Vicario v. Argentina, Communication No. 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995), 1995. Párr. 10.4.

⁷¹ Brasil, Ley No. 8.069, Estatuto del Niño y del Adolescente y de otras disposiciones, (1990). La mencionada Ley establece: “Art. 16. El derecho a la libertad comprende los siguientes aspectos:

I - ir, venir y estar en los paseos públicos y espacios comunitarios, con excepción de las restricciones legales;

II - opinión y expresión;

III - creencia y culto religioso;

IV - jugar, practicar deportes y divertirse;

53.2. - El Código del Niño, niña y adolescente de Bolivia, establece que el derecho a la libertad comprende la participación en la vida familiar⁷².

53.3. - La Ley de protección Integral de la Niñez y la Adolescencia de El Salvador establece varios derechos que contienen el derecho a la libertad, como por ejemplo, la protección frente a la trata de niñas, niños y adolescentes (Art. 41), la protección especial frente al traslado y retención ilícitos (Art. 43), entre otros.

54 – Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede extraer como conclusión que la privación arbitraria o ilegal del núcleo familiar de un niño o niña conlleva la vulneración del derecho a la libertad, pues afecta de manera significativa la autonomía del niño, niña o adolescente ya que lo priva del espacio prioritario en el que se le garantizan sus derechos civiles y políticos y que desarrolla medidas especiales de protección para garantizar dicho derecho⁷³.

55 – Por esto, la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas de su familia biológica vulnera el derecho a la libertad personal de los niños/as contenidos en el artículo 7.1. y 7.2. de la CADH en relación con el derecho a la protección a la familia (Art. 17 CADH) y a las medidas especiales de protección del niño (Art. 19 CADH). En efecto, esta situación: i) los sustrae físicamente y de manera ilegítima de su ámbito familiar de origen, durante su primera infancia cuando se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, y los entrega ilegalmente a una familia sin esclarecer su paradero a los familiares de origen; ii) los priva ilegalmente del medio familiar de origen que constituye el espacio familiar legítimamente encargado de garantizar el libre ejercicio de los derechos civiles y políticos de los niños/as, entre ellos, el derecho a la libertad; e iii) impide que ellos/as escojan *libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y les permiten su realización como ser humano*, con lo cual está restringiendo ilegítimamente su derecho a la autonomía personal reconocido en el artículo 7.1 de la CADH en concordancia con el *corpus juris* sobre la materia.

La sustracción de niños y niñas en las legislaciones nacionales

56 – Es importante destacar, que en el acápite correspondiente a los delitos contra la libertad individual, el Código Penal uruguayo tipifica en el artículo 283, el delito de sustracción o retención de

V - participar en la vida familiar y de la comunidad, sin discriminación;

VI - participar en la vida política, en la forma de la ley

VII - buscar refugio, auxilio y orientación”.

⁷² Bolivia, Código del Niño, Niña y Adolescente. El artículo 101 establece: “derecho a la libertad.- este derecho comprende:

1. Libre tránsito y permanencia en territorio nacional, salvo restricciones legales;

2. Libertad de opinión y expresión;

3. Libertad de creencia y culto religioso;

4. La práctica deportiva y el esparcimiento sano, según las necesidades y características de su edad;

5. La participación en la vida familiar y comunitaria, sin discriminaciones”.

6. La búsqueda de refugio, auxilio y orientación cuando se encuentre en peligro;

7. Acudir a la autoridad competente en caso de conflicto de intereses con los padres o responsables”

⁷³ Comité de los Derechos del Niño, Role of the Family in the Promotion of the Rights of the Child, Op. Cit. P. 1.

una persona menor de edad, del poder de sus padres, tutores o curadores de la siguiente forma: “*El que sustrajere una persona menor de dieciocho años, del poder de sus padres, tutores o curadores, o de quienes ejerzan su guarda aunque fuera momentáneamente, o la retuviere contra la voluntad de éstos, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión*”.

57 - El hecho que el código penal uruguayo de 1934 defina el delito de sustracción de niños y niñas en el acápite correspondiente a los **delitos contra la libertad individual, y por ende que el bien jurídico afectado sea la libertad, estaría indicando que el orden jurídico uruguayo considera que la sustracción de un niño, niña u adolescente, afecta su libertad personal.**

58 – Además, el mismo tipo de disposición se encuentra en otros códigos penales de países que integran el Sistema Interamericano, como por ejemplo en Argentina⁷⁴, Chile⁷⁵, Colombia⁷⁶, Venezuela⁷⁷, Panamá⁷⁸, Nicaragua⁷⁹, Honduras⁸⁰ y Guatemala⁸¹ entre otros.

D. Derechos de la CADH vulnerados como consecuencia de la Desaparición Forzada derivada de la sustracción y apropiación ilícita de niños.

59 - La jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que “*la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otras vulneraciones conexas*”⁸².

60 - De acuerdo a la jurisprudencia constante de la Corte IDH en materia de desaparición forzada, se considera que ese tipo de privación de la libertad de los niños y niñas – entendida en las circunstancias del caso– **sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración** de una **violación compleja** que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte, el paradero⁸³ e **identidad** de la

⁷⁴ Artículo 146, en los delitos contra la libertad individual.

⁷⁵ Artículo 142, en Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares.

⁷⁶ Artículo 168, en Delitos contra la Libertad Individual y otras garantías, con las agravantes del artículo 170, num 1 (personas menores de 18 años) y num 4 (servidores públicos).

⁷⁷ Artículo 178, en delitos contra la libertad individual

⁷⁸ Artículo 158, en delitos contra la libertad.

⁷⁹ Artículo 227, en Delitos contra la Libertad Individual y otras garantías.

⁸⁰ Artículo 197, en Delitos contra la libertad y seguridad.

⁸¹ Artículo 209 a 211, en Delitos contra la libertad y seguridad sexuales y contra el pudor.

⁸² Véase entre otros Corte IDH Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 59, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 215, Párr. 59, Caso Caso Radilla Pacheco Vs. México, OpCit, Párr. 139.

⁸³ Véase entre otros Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, Párr. 89; Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191 Párr. 56; y Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, Párr. 112.

víctima⁸⁴. La privación de libertad, en las circunstancias particulares del caso sometido a consideración, no debe ser analizada únicamente a la luz del mero acto de sustracción. También, debe tenerse en cuenta las consecuencias que la apropiación ilícita genera en la vulneración del derecho a la identidad de la víctima, que afecta de manera directa su derecho a la libertad personal pues priva al niño/a ilegalmente de su medio familiar, y además, vulnera su derecho a la autonomía personal al restringirle arbitrariamente las opciones que le dan sentido a su existencia.

61 - Asimismo como ya fuera señalado, el *“análisis de una posible desaparición forzada **no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada sólo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida**, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal al interpretar la Convención Americana, así como la CIDFP para los Estados que la hayan ratificado”*⁸⁵ [Resaltado fuera del texto].

62 - Por otro lado, es necesario resaltar que la Corte IDH ha establecido que *“revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños”*⁸⁶ y los Estados tienen el deber de *“adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”* que están ampliamente reconocidos por la comunidad internacional⁸⁷.

1.1. El derecho a la vida

63 - Respecto de la violación del artículo 4º (Derecho a la vida) de la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH ha definido que *“por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, **de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida**. Esta situación se ve acentuada cuando se está frente a un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos. Del mismo modo, la Corte ha establecido que la falta de investigación de lo ocurrido representa una infracción del deber jurídico establecido en el artículo 1.1 de la Convención en relación con el artículo 4.1 de la misma, que consagra el deber de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, lo cual comprende la prevención razonable de situaciones que puedan redundar en la supresión de ese derecho”*⁸⁸ [Resaltado fuera del texto].

⁸⁴ Véase Corte IDH entre otros, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 215, Párr. 59.

⁸⁵ Véase entre otros Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, Párr. 89, Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202 Párr. 67.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Op. Cit. Párr. 134.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 146.

⁸⁸ Véase entre otros Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Op. Cit. Párr 96; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, Op. Cit., Párr. 90.

64 – En los casos del respeto y la garantía del derecho a la vida de niños y niñas, la Corte IDH estableció que *“el derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que **la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas** [Resaltados fuera del texto]”*⁸⁹.

65 – Para interpretar este concepto de “vida digna”, la Corte mencionó que en materia de infancia y adolescencia el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños/as, constituye un pilar fundamental para su garantía⁹⁰. Adicionalmente, estableció que *“el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”*⁹¹.

66 – En materia de niños y niñas, el derecho a la vida debe ser interpretado de acuerdo con el *corpus juris* de los derechos de infancia. Para ello, es importante acudir al artículo 6º de la CIDN que regula el derecho a la vida de los niños/as y sus elementos centrales. En éste, se establece que el derecho a la **supervivencia y desarrollo** componen el derecho a la vida⁹². Es interesante tener en cuenta que los *travaux préparatoires* de la CIDN mencionan la discusión e importancia que tuvo la incorporación del concepto de supervivencia y desarrollo como elementos del derecho a la vida de los niños/as⁹³.

67 – De acuerdo con el Comité de los Derechos del niño, el derecho a la supervivencia y al desarrollo requiere la realización integral de todos los derechos contemplados en la CIDN, con especial énfasis en la garantía del derecho a la familia que se deriva de la autoridad parental. En efecto, el Comité ha dicho que *“recuerda a los Estados Partes (y a otras instancias interesadas) que el derecho a la supervivencia y el desarrollo sólo pueden realizarse de una forma integral, mediante la observancia de todas las demás disposiciones de la Convención, incluidos los derechos a la salud, la nutrición adecuada, la seguridad social, un nivel adecuado de vida, un entorno saludable y seguro, la educación y el juego (arts. 24, 27, 28, 29 y 31), así como respetando las responsabilidades de los padres y ofreciendo asistencia y servicios de calidad (arts. 5 y 18)”*⁹⁴.

68 - De esta manera, se ha reconocido el vínculo que existe entre el derecho a la vida, especialmente el derecho a la **supervivencia** y al **desarrollo**, y el derecho a la protección a la familia y a no ser privado de manera arbitraria de ella. En efecto, el artículo 5º de la CIDN define que *“[L]os Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los*

⁸⁹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Opinión No. 7 y Párr. 80.

⁹⁰ *Ibidem*. Párr. 81 y Parte resolutive, Opinión No. 7 y 8.

⁹¹ Corte Interamericana, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 169.

⁹² Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículo 6º. El mencionado artículo establece: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

⁹³ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Legislative History of the Convention on the rights of the child Volume I, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2007. P. 364 – 369.

⁹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia CRC/C/GC/7/Rev.1, 40º período de sesiones, Ginebra, Suiza, Septiembre, 2006. P. 5.

*tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, **dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención***". (Resaltado fuera de texto)

69 - Lo anterior implica que la garantía efectiva del derecho a la vida digna de niños y niñas requiere el ejercicio de su derecho a la supervivencia y al desarrollo. Para esto, es fundamental garantizar la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida de familiar de los niños/as, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo. Así por ejemplo, la Corte Interamericana ha establecido que *"la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos"*⁹⁵ y el Protocolo de San Salvador dispone en su artículo 16 que *"[t]odo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre"*⁹⁶. Igualmente, la Corte ha mencionado que se debe preservar y favorecer *"la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal"*⁹⁷.

70 – Adicionalmente, la Corte IDH ha sostenido que *"el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar"*⁹⁸. Por este motivo, la garantía del derecho a la vida requiere garantizar su supervivencia y desarrollo, para lo cual, es fundamental proteger el núcleo familiar de origen, salvo que existan razones fundadas en el "interés superior del niño" para adoptar una decisión diferente.

71 – Por esto, este documento sostiene que existe una vulneración al derecho a la vida digna de los niños/as víctimas de desaparición forzada a causa de su sustracción y apropiación ilícita, pues esta conducta pone en riesgo la supervivencia y el desarrollo de los niños y niñas al privarlos ilícitamente de su familia de origen. La familia cumple un rol fundamental en la garantía del derecho a la vida digna de los niños/as, por lo cual, la separación debe ser excepcional y fundada en la legalidad.

1.1. El derecho a la integridad personal

72 - Respecto del artículo 5º (Derecho a la Integridad Personal) de la CADH, la Corte IDH ha definido que la desaparición forzada vulnera este derecho en todas sus dimensiones pues es un trato cruel e inhumano el *"aislamiento prolongado y (...) la incomunicación coactiva"*⁹⁹ a la que se somete a la víctima. Además, ha dicho que *"el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales, agentes*

⁹⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Opinión No. 4 y Párr. 66.

⁹⁶ Véase Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" de 17 de noviembre de 1988, ratificado por Uruguay el 2 de abril de 1996.

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Opinión No. 5.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Opinión No. 4 y Párr. 66.

⁹⁹ Corte Interamericana, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Op Cit., Párr. 94.

estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato, representa, **por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida**, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto”¹⁰⁰. [Resaltado fuera del texto].

73 – Así mismo, la Corte mencionó en un caso en el que analizaba el derecho a la integridad personal de los niños y niñas, que la detención ilegal pone en riesgo de ser vulnerados a otros derechos, entre ellos, la integridad personal¹⁰¹. Además, la Corte ordenó “*la adopción de medidas dirigidas a proteger la integridad psicológica de niños a fin de evitar daños irreparables*”¹⁰².

74 – Por otra parte, el derecho a la integridad personal está establecido en el Art. 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰³. Adicionalmente, el artículo 37.a de la CIDN establece que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, y el artículo 37.c menciona que los niños privados de su libertad deben ser tratados con humanidad y respeto de acuerdo con su dignidad humana.

75 - El Comité de Derechos Humanos estableció en su observación general sobre el artículo 7º, que la prohibición contenida él se relaciona con el sufrimiento psíquico de la víctima, y que esta disposición protege de manera especial a los niños y niñas¹⁰⁴. En este sentido, el Comité concluyó en un caso de desaparición forzada de una niña que “*el secuestro y la desaparición de la víctima, y la prevención del contacto con su familia y con el mundo exterior constituyen un trato cruel e inhumano, en violación del artículo 7 del Pacto considerado en conjunto con el párrafo 1 del artículo 2*”¹⁰⁵.

76 – Se puede concluir, que la desaparición forzada de niños y niñas causada por su sustracción y apropiación ilícita, genera una vulneración al derecho a la integridad contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la CADH pues: i) el niño es sometido a un aislamiento prolongado y a una incomunicación indefinida con su familia de origen y; ii) el niño es sometido a un trato cruel e inhumano al ser separado ilegalmente de su familia, lo que afecta su integridad psíquica y moral, y en algunos casos, también puede afectar su integridad física.

¹⁰⁰ Véase entre otros Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Op Cit., Párr. 95, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Op Cit., Párr. 175; *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, Op Cit., Párr. 59, y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, Op Cit., Párr. 85.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 166.

¹⁰² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, Washington, Estados Unidos, 2009. Párr. 30.

¹⁰³ El mencionado artículo establece: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

¹⁰⁴ Human Rights Committee, General Comment No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7): 10/03/1992. CCPR General Comment No. 20, 1992. Párr. 5.

¹⁰⁵ Comité de Derechos Humanos, Caso Basilio Laureano Atachahua v. Peru, Comunicación No. 540/1993, U.N. Doc. CCPR/C/56/D/540/1993, (1996). Párr. 8.5.

1.3. El derecho a las medidas especiales de protección

77 – La CADH establece en su artículo 19 una obligación complementaria para los Estados, de adoptar medidas especiales de protección que garanticen el ejercicio de los derechos del niño/o o prevengan su vulneración¹⁰⁶. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el contenido y alcance de las medidas de protección –analizadas en cada caso concreto- podrían implicar aquellas *“referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”*¹⁰⁷.

78 – En el marco del *corpus juris* de los derechos de la infancia, este derecho se encuentra también contenido en el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁸. El Comité de Derechos Humanos estableció que este derecho contempla la obligación de los Estados de garantizar todos a los niños/as todos los derechos del PIDCP¹⁰⁹, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales¹¹⁰. Adicionalmente, el Comité mencionó que la protección de los derechos del niño recae en la familia, la sociedad y el Estado¹¹¹.

79 – Es importante resaltar, que el Comité de Derechos Humanos estableció en un caso de una niña desaparecida, que el Estado había vulnerado este derecho (Artículo 24.1 del PIDCP), pues *“no adoptó ninguna medida concreta para investigar su desaparición y localizar su paradero a fin de garantizar su seguridad y bienestar, habida cuenta de que a la sazón la Srta. Laureano era menor”*¹¹².

80 – Además, la CIDN establece varios artículos en los que establece una obligación específica de adoptar protección especial para garantizar determinados derechos del niño. Así, establece la obligación de los Estados de *“asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres”*¹¹³; *“prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”*¹¹⁴; protegerlo frente a *“injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni*

¹⁰⁶ Véase, entre otras: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia de 25 de mayo de 2010, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 165; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Párr. 184 y ss.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 196.

¹⁰⁸ El mencionado artículo establece: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

¹⁰⁹ Human Rights Committee, General Comment No. 17: Rights of the child (Art. 24): 07/04/1989. CCPR General Comment No. 17. (General Comments), 1989. Párr. 1 y 2.

¹¹⁰ *Ibidem*. Párr. 3.

¹¹¹ *Ibidem*. Párr. 6.

¹¹² Comité de Derechos Humanos, Caso Basilio Laureano Atachahua v. Peru, Comunicación No. 540/1993, U.N. Doc. CCPR/C/56/D/540/1993, (1996). Párr. 8.7.

¹¹³ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículo 3.2.

¹¹⁴ *Ibidem*. Artículo 8.2.

*de ataques ilegales a su honra y a su reputación*¹¹⁵; protegerlo frente a *“toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*¹¹⁶; protegerlos cuando están temporal o permanentemente privados de su medio familiar¹¹⁷; entre otros.

81 - De esta manera, en los casos de desaparición forzada por sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas como el que examina el Tribunal, se vulnera el derecho a adoptar medidas especiales de protección contenido en el artículo 19 de la CADH, ya que el Estado no adopta: i) medidas especiales para proteger al niño/a de la privación ilegal a su libertad, incluida la injerencia ilegítima en su vida familiar; ii) medidas especiales efectivas para prevenir y proteger al niño/a de la vulneración al derecho a la vida digna, pues colocan en riesgo la supervivencia y el desarrollo del niño víctima de desaparición forzada; iii) medidas que permitan proteger al niño/a de la vulneración de su derecho a la integridad física, psíquica y moral, pues lo aísla ilegalmente de su medio familiar; y iv) medidas específicas para proteger el derecho a la identidad del niño/a.

1.4. El derecho la identidad de los niños y niñas contenido en los artículos, 3º, 17, 18, 19 y 20 de la CADH.

82 - En las circunstancias especiales de la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas como una modalidad de particular de desaparición forzada, también se vulnera también el *derecho a la identidad*¹¹⁸. Dicha vulneración resulta de una vulneración pluriofensiva a varios derechos de la CADH, en especial, aquellos reconocidos en los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 17 (Protección a la Familia), 18 (Derecho al Nombre), 19 (Derechos del Niño) y 20 (Derecho a la Nacionalidad) de la CADH, que deben ser analizados a la luz del *corpus juris* de los derechos de infancia.

1.4.1. El derecho a la identidad de niños y niñas

83 - Teniendo presente que la Corte Interamericana ha reconocido que la CIDN integra expresamente el *corpus juris* de los derechos de infancia¹¹⁹, es importante mencionar que el derecho a la identidad se define de manera expresa en el artículo 8º de la CIDN de la siguiente manera:

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

¹¹⁵ *Ibíd.* Artículo 16.1.

¹¹⁶ *Ibíd.* Artículo 19.1

¹¹⁷ *Ibíd.* Artículo 20.1.

¹¹⁸ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículo 8º.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., párr. 24. También, Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle”, Op. Cit. Párr. 194.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

84 - De acuerdo con lo anterior, el *derecho a la identidad* de los niños y niñas conlleva el ejercicio y goce, sin ningún tipo de injerencia ilícita, de varios derechos humanos contemplados en la CADH. En efecto, de conformidad con la CIDN, la titularidad del derecho a la identidad implica, entre otros, gozar del derecho a la nacionalidad, al nombre, a las relaciones familiares, a la asistencia y protección especial por parte del Estado para restablecer su identidad cuando ésta ha sido vulnerada.

85 - La propuesta de introducir una disposición que reconociera el derecho a la identidad en la CIDN fue de la República Argentina, (tal vez por ello Argentina tiene una amplia doctrina sobre este tema¹²⁰), con el fin de resguardar los derechos de aquellos niños/as que fueron ilícitamente apropiados durante la dictadura militar¹²¹. Por este motivo, en los casos de niños desaparecidos como consecuencia de la sustracción y apropiación ilícita en el marco de las dictaduras o de conflictos armados, el análisis del *derecho a la identidad*.

86 - El Comité de los Derechos del Niño ha establecido una relación directa entre el derecho a la identidad y la situación de los niños y niñas desaparecidos como consecuencia de la sustracción y apropiación ilícita durante la dictadura Argentina¹²² y el conflicto armado de El Salvador¹²³. En efecto, al analizar el derecho a la identidad de los niños/as en estos países, el Comité ha tenido en cuenta la situación de los niños y niñas desaparecidos, estableciendo así, un vínculo directo entre la desaparición forzada de la que fueron víctimas y la vulneración del derecho a la identidad establecido en la CIDN.

87- Pero adicionalmente, el *derecho a la identidad* está reconocido en distintas legislaciones nacionales de los países de las Américas, promulgadas con el fin de incorporar los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia contenidos en la CIDN¹²⁴. Así por ejemplo:

¹²⁰ Véase, entre otros: Abuelas de Plaza de Mayo y Ministerio de Desarrollo Social, Módulo de Capacitación: "Sobre Derechos Humanos y Derecho a la identidad", Buenos Aires, Argentina, Agosto, 2008; Abuelas de Plaza de Mayo, Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad, Buenos Aires, Argentina, 2006. Estos y otros documentos están disponibles en: <http://www.abuelas.org.ar/>

¹²¹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Legislative History of the Convention on the rights of the child Volume I, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2007. P. 383 – 386. En este texto se puede corroborar, que en las discusiones preliminares sobre el derecho a la identidad, la República Argentina proponía un texto diferente que estableciera el derecho inalienable del niño a retener su verdadera y genuina identidad personal, legal y familiar.

¹²² Véase: Comité de los Derechos del Niño, 31º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Argentina, CRC/C/15/Add. 187, Octubre, 2002. Párr. 34 y 35.

¹²³ Véase: Comité de los Derechos del Niño, 53º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/SLV/CO/3-4, Febrero, 2010. Párr. 37 y 38.

¹²⁴ Los exámenes periódicos del Comité de Derechos del Niño en sus observaciones sobre los países de las Américas señalan que la incorporación de normas nacionales en materia de infancia y adolescencia hacen parte de la obligación de incorporar los estándares internacionales sobre niñez en las legislaciones nacionales. Sobre este tema, véase: UNICEF – OACNUDH,

87.1. El Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay establece el derecho a la identidad como uno de los derechos esenciales de los niños¹²⁵.

87.2. La Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de Argentina regula el derecho a la identidad que incluye el derecho al nombre, a la nacionalidad, a la lengua de origen, a conocer quiénes son sus padres, a preservar las relaciones familiares, a preservar la idiosincrasia, a conocer a los padres biológicos, a desarrollarse en la familia de origen, entre otras¹²⁶.

87.3. El Código de Infancia y Adolescencia de Colombia establece el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, que incluye el derecho al nombre, a la nacionalidad, a la filiación, a la lengua y cultura de origen, entre otras¹²⁷.

87.4. El Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica establece el derecho a la identidad como parte de los derechos a la personalidad, que incluye el derecho al nombre, a la nacionalidad, al documento de identidad¹²⁸.

Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2006), Santiago, Chile, 2006. Pps. 66, 89, 118-119, 227, 247-248, 300, entre otros.

¹²⁵ Uruguay, Código de la Niñez y la Adolescencia (2004). La mencionada ley establece: “Artículo 9. Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social”.

¹²⁶ Argentina, Ley 26.061 de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2006). La mencionada ley establece: “Artículo 11. Derecho a la Identidad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aún cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”.

¹²⁷ Colombia, Código de Infancia y Adolescencia (2006). La mencionada ley establece: “Artículo 25. Derecho a la identidad. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia”.

¹²⁸ Costa Rica, Ley N° 7739 del 6 de enero de 1998. Código de la Niñez y la Adolescencia. El mencionado código establece: “Artículo 23.-Derecho a la identidad. Las personas menores de edad tendrán derecho a un nombre, una nacionalidad y un documento de identidad costeados por el Estado y expedidos por el Registro Civil. El Patronato Nacional de la Infancia les prestará la asistencia y protección adecuadas, cuando hayan sido privados ilegalmente de algún atributo de su identidad”.

87.5. La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia de Guatemala, establece el derecho a la identidad que incluye el derecho al nombre, a la nacionalidad, a conocer a los padres, a la expresión cultural propia, a no ser separado de la familia, entre otros¹²⁹.

87.6. La Ley de la Niñez de El Salvador, establece el derecho a la identidad y establece como algunos de sus elementos al nombre, la nacionalidad, las relaciones paterno – materna filiales, entre otras¹³⁰.

88 - De conformidad con las definiciones del *derecho a la identidad* establecidas en la CIDN y en las leyes nacionales de varios países de las Américas, se puede inferir que este derecho involucra la garantía de varios derechos establecidos en la CADH. Esta situación fue advertida por el Juez Manuel E. Ventura Robles en su Voto Disidente en el Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador (2005), al mencionar que, en su opinión, la Corte ha debido declarar la vulneración del derecho a la identidad de las Hermanas Serrano Cruz, “a través de la violación a los derechos a la protección de la familia y al nombre”¹³¹. En este Voto, el Juez Ventura Robles establece que “la convivencia y relaciones familiares, así como el nombre y apellido de una persona, son esenciales para la formación y preservación de la identidad de un ser humano”¹³², por lo cual, es importante la declaración de vulneración del derecho a la identidad que viola distintos artículos de la Convención Americana.

89 - Adicionalmente, el profesor A.A. Cançado Trindade mencionó en su Voto Disidente a la Sentencia de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador de la Corte Interamericana, que en su opinión, era necesario precisar el *derecho a la identidad* de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, pues aunque éste no estaba expresamente en la CADH, su comprensión se desprendía de algunos derechos establecidos en la Convención¹³³. Así, dijo que el *derecho a la identidad* implicaba el desarrollo progresivo del *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos¹³⁴. También, mencionó que en cada caso concreto se debe analizar los derechos de la CADH de los que se desprende el

¹²⁹ Guatemala, Ley de protección integral de la Niñez y la Adolescencia (2003). La mencionada ley establece en su artículo 14: “Identidad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, las expresiones culturales propias y su idioma. Es obligación del Estado garantizar la identidad del niño, niña y adolescente, sancionando a los responsables de la sustitución, alteración o privación de ella. Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de no ser separados de su familia, sino en las circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de restituirle sus derechos.

El Estado deberá prestar la asistencia y protección adecuada en todos aquellos casos en los que sean privados ilegalmente de alguno de los elementos que constituyen su identidad, con el fin de restablecerla”.

¹³⁰ El Salvador, Ley de protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (2009). “Artículo 73. Derecho a la identidad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, a su relación paterna y materna filiales y a la obtención de documentos públicos de identidad de conformidad con la Ley. En ningún caso serán relacionados en los asientos del Registro del Estado Familiar o en los documentos que éstos expidan, situaciones que indiquen el origen de la filiación. Es obligación del Estado crear programas para que las instituciones públicas competentes garanticen la identidad de toda niña, niño y adolescente”.

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, Voto Disidente del Juez Manuel E. Ventura Robles respecto del punto resolutivo tercero, San José, Costa Rica, 2005. Párr. 6. Pg. 15.

¹³² *Ibidem*. Punto 6, P. 16.

¹³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, Voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, San José, Costa Rica, 2005. Párr. 20.

¹³⁴ *Ibidem*. Párr. 21.

derecho a la identidad, pues “el derecho a la identidad, en el presente caso de las Hermanas Serrano Cruz bajo la Convención Americana, se desprende particularmente de los derechos al nombre y a la protección de la familia (artículos 18 y 17, respectivamente, de la Convención). Pero en otras circunstancias, en algún otro caso, podría igualmente desprenderse de otros derechos consagrados en la Convención (tales como, v.g., el derecho a la personalidad jurídica, artículo 3; el derecho a la libertad personal, artículo 7; el derecho a la libertad de conciencia y religión, artículo 12; el derecho a la libertad de pensamiento y expresión; el derecho a la nacionalidad, artículo 20)”¹³⁵.

90 - Debido a esto, en el marco de una desaparición forzada por la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas se debe realizar una construcción jurisprudencial del *derecho a la identidad*. Por ello, de acuerdo con las particularidades y circunstancias del caso que examina el Tribunal, se pide que declare que el derecho a la identidad de los niños/as se desprende de los derechos reconocidos en los artículos 3º, 17, 18, 19 y 20 de la CADH.

91 - Adicionalmente, se pide que de acuerdo con las particularidades de la desaparición forzada por la sustracción y apropiación ilícita de niños/as del caso que examina el Tribunal, tenga en cuenta el *corpus juris* de los derechos de la niñez¹³⁶ para definir el alcance y contenido de los derechos de la CADH que contienen el derecho a la identidad. Se sugiere considerar principalmente, los artículos 7º¹³⁷, 8º¹³⁸, 9º¹³⁹, 11¹⁴⁰, 16¹⁴¹, y 18¹⁴² de la CIDN.

¹³⁵ *Ibidem*. Párr. 22.

¹³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Párr. 18, 23 y 24. También véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe: La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (segunda edición), OEA/Ser. L/V/II.133 Doc. 34, 29 Washington, Octubre 2008, párr. 44.

¹³⁷ La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, estableció en su artículo 7º: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

¹³⁸ La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, estableció en su artículo 8º: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

¹³⁹ La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, estableció en su artículo 9º: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el Párr. 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán,

1.4.2. El análisis de la vulneración pluriofensiva de los artículos 3º, 17, 18, 19 y 20 de la CADH

1.4.2.1. El derecho a la protección a la familia

92 - Para examinar la vulneración del *derecho a la identidad* de los niños en el caso que examina el Tribunal y de acuerdo con los elementos que contiene este derecho en el marco de la CIDN, primero se propone analizar la vulneración del derecho a la protección a la familia del artículo 17 de la CADH¹⁴³. La Corte Interamericana ha establecido que la familia es el ámbito encargado de proporcionar protección a los niños y niñas, y por ello, *“el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”*¹⁴⁴.

93 – Como se ha mencionado anteriormente, aunque los niños y niñas son sujetos titulares de derechos humanos independientes, el ejercicio libre y autónomo de sus derechos se va realizando de manera progresiva, a medida que el niño o niña desarrolla un mayor nivel de autonomía personal. En el marco del *corpus juris* de los derechos de la infancia, la CIDN estableció que la familia es la encargada de otorgar orientación y dirección al niño/a para que aprenda a ejercer sus derechos¹⁴⁵. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño estableció que la familia tiene un rol fundamental en

además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

¹⁴⁰ La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, estableció en su artículo 11: “1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

¹⁴¹ La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, estableció en su artículo 16: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

¹⁴² La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, estableció en su artículo 18: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

¹⁴³ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 17.

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Párr. 66.

¹⁴⁵ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Art. 5º. “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

la garantía de los derechos civiles y políticos de los niños y niñas¹⁴⁶, pues por ejemplo, está encargada de registrarlos con un nombre, con una nacionalidad, darles a conocer sus relaciones familiares para preservar su identidad, entre otras acciones.

94 – En este sentido, en los casos de niños y niñas se debe tener en cuenta que esta franja de población cubre desde los 0 hasta los 18 años de edad, por lo cual, la “evolución de las facultades” de un niño/a es distinta de acuerdo con sus etapa de desarrollo. Por ello, en materia del libre ejercicio de los derechos humanos de los niños y las niñas, ello implica que todos/as los niños/as son titulares de los derechos humanos pero su libre ejercicio debe tener en cuenta los “procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor”¹⁴⁷.

95 – Tal como se ha referido en distintos apartes de este texto, la Corte Interamericana ha mencionado que la protección a la familia implica que los Estados deben preservarla de cualquier injerencia arbitraria o ilegal, y por ello, se debe privilegiar la permanencia de los niños/as en su núcleo familiar¹⁴⁸. Desde este punto de vista, la Corte ha dicho que las separaciones legales del niño de su familia deben estar justificadas en el *interés superior del niño*, y que deben estar debidamente justificadas, deben ser excepcionales y ojala, temporales¹⁴⁹.

96 - En este mismo sentido, en el marco del *corpus juris* de los derechos de infancia, la CIDN estableció en su artículo 9º el derecho a: i) velar por que “no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”¹⁵⁰; ii) garantizar en los procedimientos legales que se realicen para la separación de niños/as de sus familias, la posibilidad de las partes interesadas de participar en ellos y dar sus opiniones¹⁵¹; iii) brindar al niño las posibilidades de mantener contacto con uno de sus padres o ambos si está separado de ellos, salvo que sea contrario a su interés superior¹⁵²; y iv) proporcionar información a los niños, padres u otro familiar del paradero del padre/madre ausente, cuando la separación del niño de ellos sea adoptada como consecuencia de la “detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado)”¹⁵³.

¹⁴⁶Comité de los Derechos del Niño, Role of the Family in the Promotion of the Rights of the Child, Extraído de CRC/C/24, 7a session, Ginebra, Suiza, Octubre, 1994. P. 1.

¹⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia CRC/C/GC/7/Rev.1, 40º período de sesiones, Ginebra, Suiza, Septiembre, 2006. P. 9.

¹⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, Op. Cit., Párr. 71 y Parte resolutive, Opinión No. 4 y 5.

¹⁴⁹ Ibídem. Párr. 73, 75 y 77.

¹⁵⁰ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículo 9.1.

¹⁵¹ Ibídem. Artículo 9.2.

¹⁵² Ibídem. Artículo 9.3.

¹⁵³ Ibídem. Artículo 9.4.

97 – Teniendo en cuenta lo anterior, en los casos de sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas como el que examina el Tribunal, existe una injerencia ilegal por parte del Estado en la familia de origen de los niños/as pues la sustracción y apropiación se derivan de un hecho ilícito por parte de agentes estatales en contra de los niños y sus familias. Ello vulnera el derecho de protección a la familia y les genera la imposibilidad de permanecer con su núcleo familiar de origen y establecer relaciones familiares. Esta situación es aún más compleja si la sustracción y apropiación ilícita se realiza cuando el niño se encuentra en su primera infancia, pues en esta etapa requiere mayor asistencia y apoyo de parte de sus padres para ejercer sus derechos. Por ello, genera consecuencias nocivas en los demás derechos del niño, pues la familia cumple un rol esencial en la garantía de los derechos civiles y políticos de los niños/as.

1.4.2.2. El derecho al nombre

98 - De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el derecho al nombre¹⁵⁴ es “*un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado*”¹⁵⁵. Este derecho incluye el registro público con los nombres y apellidos sin que exista injerencia arbitraria para definirlos, pues establece de manera formal “*el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado*”¹⁵⁶.

99 - En el marco del *corpus juris* de los derechos de infancia, el derecho al nombre está regulado en dos artículos de la CIDN¹⁵⁷. Establece: i) la obligación de registrar, inmediatamente después de su nacimiento, a los niños; ii) el derecho del niño/a desde que nace a tener un nombre, una nacionalidad y, de ser posible, a conocer y ser cuidado por sus padres; y, iii) la obligación de los Estados de cumplir estas obligaciones¹⁵⁸. De esta manera, el ejercicio de este derecho conlleva una obligación de garantía importante en cabeza del Estado y de la familia, pues un recién nacido no puede registrarse por sí mismo ni obtener una nacionalidad ni conocer y ser cuidado por sus padres, salvo que sus padres apoyen el ejercicio de esos derechos, y el Estado lo permita sin restricciones ilegales o arbitrarias.

100 – En los casos de sustracción y apropiación ilícita de niños, el derecho al nombre se ve vulnerado cuando se le otorga y se registra al niño/a un nombre y un apellido distinto al que su familia legítima le hubiese dado, a no ser por la privación arbitraria del medio familiar del que fue víctima el niño. La Corte Interamericana ha mencionado que en estos casos, los Estados tienen “*la obligación de adoptar todas aquellas medidas positivas que fueran necesarias para garantizar que (...) pudiera ejercer y*

¹⁵⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 18.

¹⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op. Cit. Párr. 182.

¹⁵⁶ *Ibidem*. Párr. 184.

¹⁵⁷ Véase: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículos 7º y 8º.

¹⁵⁸ *Ibidem*. Artículo 7º.

*disfrutar plenamente de su derecho a vivir con su familia biológica, así como de su derecho al nombre que le dieron sus padres*¹⁵⁹.

1.4.2.3. El derecho a la nacionalidad

101 – El derecho a la nacionalidad establecido en el artículo 20 de la CADH establece que toda persona, incluidos los niños, tienen: i) derecho a una nacionalidad (Art. 20.1); ii) a adquirir la nacionalidad del Estado donde nació a menos que goce de otra (Art. 20.2) y; iii) a no ser privado de manera arbitraria de su nacionalidad (Art. 20.3). Este derecho ha sido expresamente reconocido para los niños y niñas en otros instrumentos internacionales. En efecto, el artículo 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad, y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño lo reconoce expresamente en los artículos 7º y 8º.

102 - Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el derecho a la nacionalidad¹⁶⁰ implica la relación de las personas con un Estado que además es un prerrequisito para que puedan ejercer determinados derechos¹⁶¹. Igualmente, la Corte ha establecido que el derecho a la nacionalidad en el marco de la CADH tiene un doble aspecto: *“el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de **proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo**”*. (Resaltado fuera de texto)

103 – Adicionalmente, los niños y niñas usualmente adquieren la nacionalidad de dos formas: en el territorio del Estado en el que nacen o la de alguno de sus padres¹⁶². Por este motivo, de acuerdo con las leyes nacionales de cada Estado, la obligación que les corresponde es evitar actuaciones (legales e ilegales) que deriven en personas apátridas¹⁶³, o en otras formas de privación arbitraria de la nacionalidad que devengan a situaciones discriminatorias o desiguales¹⁶⁴. En materia de infancia y adolescencia, el análisis de las situaciones discriminatorias o desiguales debe tener en cuenta determinadas particularidades relacionadas con la protección específica que les corresponde a los

¹⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 195.

¹⁶⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 20.

¹⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op. Cit. Párr. 137.

¹⁶² Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Daniel O` Donnell, Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, Bogotá, Colombia, 2004. P. 564.

¹⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op. Cit. Párr. 142.

¹⁶⁴ *Ibidem*. Párr. 140.

niños y niñas, como por ejemplo, la no privación arbitraria del medio familiar¹⁶⁵, la abstención de ser retenidos y trasladados ilícitamente a otro Estado¹⁶⁶, entre otros.

104 – Ahora bien, el derecho a la nacionalidad también se ve afectado en los casos de sustracción y apropiación ilícita de niños como el que examina el Tribunal, en los que la nacionalidad del niño/a corresponde a la de un Estado diferente al de la madre o a la del Estado en el que probablemente hubiese nacido si su madre no hubiese sido víctima de desaparición forzada. En estos casos, existe una privación arbitraria de la nacionalidad en dos sentidos distintos: i) la desaparición forzada, con el traslado ilícito a otro Estado de la que fue víctima la madre, frustró el desarrollo del “normal” nacimiento del niño que hubiese sido en el país de origen de la madre; y, ii) la apropiación ilícita del niño que generó la vulneración de la identidad real de la víctima, hizo que desconociera sus verdaderos lazos sanguíneos y con ello, su posible derecho a adquirir la nacionalidad de su madre.

1.4.2.4. El derecho a la personalidad jurídica

105 - El derecho a la personalidad jurídica¹⁶⁷ contenido en el artículo 3º de la CADH está establecido para todas las personas. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, este derecho implica que el Estado debe procurar las condiciones jurídicas y los medios para el ejercicio libre y pleno de los derechos¹⁶⁸. En suma, este derecho permite que la persona titular de derechos pueda ejercerlos libre y plenamente, y de lo contrario, se lesiona su dignidad humana al vulnerarse su condición como sujeto de derechos¹⁶⁹.

106 – Este derecho se encuentra reconocido para todas las personas en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos interpretó este derecho en un caso sobre una niña y mencionó que, en el caso concreto no encontraba una vulneración, pues había un reconocimiento de la niña ante la ley y se había permitido la restitución real de su identidad¹⁷⁰. De esta manera, el Comité estableció una relación entre el derecho a la personalidad jurídica y el derecho a la identidad de la niña, que tiene un impacto en la noción de igualdad ante la ley que tienen todas las personas, como parte de su derecho a la personalidad jurídica.

107 – El derecho a la personalidad jurídica se ve vulnerado en los casos de niños y niñas sustraídos y apropiados ilícitamente por varios motivos. El primero, es que al niño/a no se le proporcionan las condiciones necesarias para que ejerza y goce plenamente sus derechos, pues varios de ellos se ven

¹⁶⁵ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Art. 16.

¹⁶⁶ Véase: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Art. 11; Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, Art. 4º.

¹⁶⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 3º.

¹⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Anzualdo Castro vs. Perú, (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), San José, Costa Rica, 2009. Párr. 88.

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op. Cit. Párr. 176 - 179.

¹⁷⁰ Human Rights Committee, Mónaco de Gallicchio, on her behalf and on behalf of her granddaughter Ximena Vicario v. Argentina, Communication No. 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995), 1995. Párr. 10.2

restringidos arbitrariamente como consecuencia de esta actuación ilícita. El segundo, es que dicha situación lesiona su dignidad humana y por lo tanto se vulnera su condición de sujeto. Y el tercero, es que la vulneración de este derecho deviene en la modificación arbitraria de la identidad del niño lo que lo coloca en una situación desigual ante la ley, pues el ejercicio de varios de sus derechos civiles y políticos (nombre, nacionalidad, por ejemplo), se ven plenamente vulnerados.

1.4.2.5. El derecho a las medidas especiales de protección

108 – Como se ha mencionado anteriormente, el derecho del niño a medidas especiales de protección¹⁷¹ es un derecho complementario¹⁷² que implica que el Estado, la sociedad y la familia deben adoptar las medidas de protección que se requieran para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños o para evitar que sean vulnerados¹⁷³. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el contenido y alcance de las medidas de protección –analizadas en cada caso concreto– podrían implicar aquellas relativas a la no privación ilegal del medio familiar, a la garantía del derecho a la vida digna, entre otros¹⁷⁴.

109 – De acuerdo con lo expuesto a lo largo de este documento, en los casos de sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas como el que examina el Tribunal, existe una vulneración al derecho complementario de medidas especiales de protección de los derechos del niño. En efecto, en primer lugar, el Estado no adopta medidas especiales que impidieran la sustracción y apropiación ilícita, ni la consecuente vulneración de los derechos a la familia, al nombre, a la nacionalidad y a la personalidad jurídica que afecta la identidad. Y además, permite la vulneración permanente de dichos derechos en el tiempo sin adoptar medidas de protección.

III. Conclusión sobre la vulneración de los derechos de los niños/as en el caso que examina el Tribunal

110 – En resumen, se pide a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que teniendo en cuenta los argumentos expuestos declare:

110.1. Que la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas, en las circunstancias del caso concreto sometido a su conocimiento, constituye una Desaparición Forzada en los términos del artículo II de la

¹⁷¹ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 19.

¹⁷² Véase, entre otras: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia de 25 de mayo de 2010, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 165; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Párr. 184 y ss.

¹⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Párr. 196.

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Op. Cit. Párr. 196.

CIDFP, y que dicha vulneración permanece mientras no se conozca el paradero y la verdadera identidad de la víctima.

110.2. Que en los casos de niños y niñas sustraídos y apropiados ilícitamente de acuerdo con las circunstancias fácticas del caso que examina el Tribunal, existe una vulneración *pluriofensiva* a los derechos a la familia, al nombre, a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y a las medidas especiales de protección de los derechos del niño, que configura una vulneración al *derecho a la identidad*. Por ello, se pide que realice la construcción jurisprudencial de este derecho, de conformidad con el *corpus juris* de los derechos de la infancia.

111 - Los hechos del caso sometido a consideración de la Corte Interamericana en el caso Gelman, se encuentran relacionados con un problema jurídico que ha sido abordado desde diversas instancias judiciales, extrajudiciales o cuasi judiciales nacionales e internacionales: el de las amnistías, de las diversas formas de excluyentes de responsabilidad¹⁷⁵ y demás medidas de clemencia¹⁷⁶ a los perpetradores de crímenes internacionales y de graves violaciones a los derechos humanos.

112 - En general, ese tipo de medidas era y es utilizado en contextos de transiciones políticas o de procesos de desmovilización en los cuales las sociedades se ven enfrentadas a resolver los dilemas que implicaban encontrar un punto de equilibrio entre gobernabilidad democrática o tránsito hacia la paz por un lado, y justicia para las víctimas de la violencia política. Como ocurrió en varios países de América Latina, África y Europa, particularmente en aquellos en los que hubo transiciones pactadas, las soluciones a esos dilemas casi siempre significaron una impunidad¹⁷⁷ para los perpetradores de los crímenes internacionales a través de la puesta en marcha de diversos mecanismos de excluyentes de responsabilidad y demás medidas de clemencia.

113 - El caso uruguayo, no escapó a esas lógicas de afianzamiento de la impunidad en aras de lograr una transición en paz y de generar las condiciones para que se consolide la democracia sin un peligro para la institucionalidad democrática¹⁷⁸. En ese contexto, la ley de caducidad de las pretensiones punitivas del Estado (Ley 15.848) fue aprobada por el parlamento uruguayo el día 22 de diciembre de 1986, haciendo caducar *“el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”* (Artículo 1) excluyendo

¹⁷⁵ Véase Caso Barrios Altos Vs Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. párr. 41

¹⁷⁶ Véase Naciones Unidas, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 de 2 de octubre de 1997, principio 25; y Naciones Unidas, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principio 24.

¹⁷⁷ Para una definición de impunidad, véase: Naciones Unidas, *Informe de Diane Orentlicher...* Op cit, Definiciones. A. Impunidad: *Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.*

¹⁷⁸ El artículo 1 de la ley 15.848 de 22 de diciembre de 1986, (Ley de Caducidad de las pretensiones punitivas del Estado) establece *“[r]econócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional”*; La demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos menciona que la Ley de Caducidad constituye *“parte integral de la transacción política negociada entre militares y civiles para facilitar el retorno del Uruguay a la democracia representativa”*. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena (Caso 12.607) contra la República Oriental del Uruguay, 21 de enero de 2010, párrafo 46.

los delitos de tipo económico (Artículo 2. b) y creando un mecanismo original que le otorga al poder ejecutivo la potestad de determinar si un caso se encuentra o no incluido en los supuestos de la ley (Artículo 3).

114 - Con posterioridad la ley de Caducidad fue declarada conforme a la Constitución por la Suprema Corte de Justicia¹⁷⁹ y sometida a un referéndum contra las leyes en 1989 de acuerdo a lo establecido por la Constitución¹⁸⁰ en su artículo 79 que no llegó a conseguir el número de votos necesarios para su abrogación. En octubre de 2009, se sometió a plebiscito un proyecto de anulación de la Ley de Caducidad que tampoco alcanzó la mayoría necesaria para dicha anulación.

115 - Más recientemente, la ley de caducidad fue declarada inconstitucional en dos oportunidades¹⁸¹ (en Uruguay las declaraciones de inconstitucionalidad por parte de la Suprema Corte tienen efectos para el caso concreto¹⁸²) y en este momento el parlamento de Uruguay se encuentra debatiendo sobre un proyecto interpretativo a la ley de caducidad¹⁸³ que la dejaría sin efectos y que cuenta con media sanción (fue aprobado en la Cámara de Diputados el 20 de octubre de 2010).

116 - En relación a lo anterior, la propuesta de este segundo capítulo consiste en describir las normas internacionales y nacionales así como la jurisprudencia y decisiones de los órganos internacionales que conforman el llamado *corpus juris* internacional sobre la prohibición de adoptar leyes de amnistía, formas de excluyentes de responsabilidad y demás medidas de clemencia que amparen a los perpetradores de crímenes internacionales para luego analizarlo a la luz de las particularidades del caso uruguayo.

117 - De acuerdo a lo expresado, es preciso referirse a algunos aspectos conceptuales en materia de prohibición de adoptar amnistías.

118 - En primer lugar, se plantea aquí que deben ser diferenciados

- i) La prohibición de adoptar amnistías para los autores de crímenes internacionales (o de adoptar instrumentos jurídicos con la misma naturaleza o los mismos efectos).

¹⁷⁹ Véase Suprema Corte de Justicia, autos “Macchi Torres, Jessi. Homicidio. Inconstitucionalidad de oficio Ley Nº 15.848, arts. 1º y 3º”, Fa. 36/87 — resuelto por Sentencia Nº 232/1988—, y “Whitelaw Agustoni, Agustín Germán; Barredo Longo, Fernando José. Denuncia. Inconstitucionalidad”, Fa. 7/87 —decidido por Sentencia Nº 224/1988.

¹⁸⁰ “El veinticinco por ciento del total de inscriptos habilitados para votar, podrá interponer, dentro del año de su promulgación, el recurso de referéndum contra las leyes y ejercer el derecho de iniciativa ante el Poder Legislativo. Estos institutos no son aplicables con respecto a las leyes que establezcan tributos. Tampoco caben en los casos en que la iniciativa sea privativa del Poder Ejecutivo. Ambos institutos serán reglamentados por ley, dictada por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara”.

¹⁸¹ Véase Suprema Corte de Justicia, autos caratulados “Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela. Denuncia. Excepción De Inconstitucionalidad Arts. 1, 3 Y 4 de la Ley Nº 15.848”, Ficha 97-397/2004, Sentencia 365/09 de 19 de octubre de 2009., y autos caratulados: Organización de los Derechos Humanos – Denuncia – Excepción de Inconstitucionalidad – Arts. 1º, 3º, 4º De la Ley Nº 15.848 – Ficha IUE: 2-21986/2006, sentencia 1525/10 de 25 de octubre de 2010.

¹⁸² Véase Artículo 259.- *El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado.*

¹⁸³ Véase República Oriental del Uruguay, Cámara de Representantes, Arts. 1, 3 Y 4 de la Ley Nº 15.848 de Caducidad de las pretensiones punitivas del Estado, Interpretación, Carpeta Nº 395 de 2010, disponible en <http://www.parlamento.gub.uy/textosaprobados/TextoAprobado.asp?Url=/textosaprobados/camara/d20101020-105027-0096.htm> (última visita 30 de noviembre de 2010)

- ii) La obligación de investigar, juzgar y sancionar los autores de crímenes internacionales (establecida por los tratados internacionales¹⁸⁴, por los instrumentos de *Soft Law*¹⁸⁵, y por la jurisprudencia nacional e internacional¹⁸⁶).

119 - Si bien, como se verá cuando se examine la jurisprudencia internacional, estos dos conceptos se encuentran conectados, y muy probablemente el segundo tuvo un impacto significativo sobre la construcción del primero¹⁸⁷, queremos enfatizar que en este documento nos interesa particularmente examinar la prohibición de adoptar amnistías que beneficien a los autores de crímenes internacionales (o de adoptar instrumentos jurídicos con la misma naturaleza o los mismos efectos) y no tanto la obligación de investigar, juzgar y sancionar.

¹⁸⁴ Véase entre otros Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 diciembre 1985, Artículo 4.2: Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, Artículo 3: Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Artículo III, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Artículo 3.3: Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.

¹⁸⁵ Véase entre otros, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc.E /CN.4/Sub.2/1997/20/ Rev.1, anexo ii (Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad), principio 18; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principios 1 y 19; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147. Naciones Unidas, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, Preámbulo, principios 3b y 4, Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, principio 19: “En ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”. Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989; el artículo 18 de La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: “Los autores o presuntos autores no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal.”

¹⁸⁶ Véase Comisión Internacional de Juristas, Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos, Ginebra 2008, páginas 20 y 21, que cita entre otros Naciones Unidas Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992; Véase Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 20, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992). párrafo 15; Observación General No. 31, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párrafo 18, Decisión de 9 de agosto de 1994, Caso Hugo Rodríguez (Uruguay), Comunicación No. 322/1988, CCPR/C/51/D/322/1988, párrafo 12,4, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/79/Add.46; A/50/40, 5 de abril de 1995, párrafo 153; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, Párrafo 7, Véase CIDH, informes 28/92 (Argentina) y 29/92 (Uruguay) OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, los dos en fecha 2 de octubre de 1992, Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs Perú, párrafo 44, La Cantuta Vs Perú, párrafo 168 y Almonacid Vs Chile, párrafo 119 y 145, TPIY, Caso Anto Furundzija, Sentencia primera instancia de 10 de diciembre de 1998 (IT-95-17/1), párrafo 155, Tribunal Especial para Sierra Leona, Caso Morris Kallon y otros, Sala de Apelaciones, Sentencia sobre excepciones preliminares (Decision on challenge to jurisdiction: Lome Accord Amnesty) de 13 de marzo de 2004 (SCSL-04-15-PT-060-II), párrafo 84.

¹⁸⁷ A ese propósito recordemos que mientras la obligación de investigar juzgar y sancionar se encuentra contenida en varios tratados internacionales, la prohibición no se encuentra en ninguna convención internacional o regional. Por el contrario, el único tratado internacional que se refiere a las amnistías, es precisamente para fomentarlas. Véase Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), Artículo 6.5: *A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.*

120 - En segundo lugar, como se verá en el desarrollo de los contenidos de este texto, algunas decisiones en la materia que nos ocupa se refieren a la prohibición de amnistiar **Crímenes de guerra, Genocidio y crímenes de Lesa Humanidad**, mientras que otras se refieren de forma más amplia a **las graves violaciones a los derechos humanos**.

121 - Lo anterior se explica en parte por la renuencia que experimentan algunos órganos judiciales o cuasi-judiciales internacionales de derechos humanos en adentrarse a definir una categoría de violación a los derechos humanos como un tipo penal de acuerdo al contenido de los Tribunales Penales Internacionales. Es por ese motivo, que esos sistemas de protección a los derechos humanos suelen utilizar la categoría de **graves violaciones a los derechos humanos**¹⁸⁸.

122 - Mientras que los crímenes de lesa humanidad, de guerra y de genocidio puede ser definidos acudiendo a los estatutos de los tribunales penales internacionales¹⁸⁹ u otros tratados internacionales¹⁹⁰, se entiende que las graves violaciones a los derechos humanos *son una categoría de crímenes que, sin llegar a constituir un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o un genocidio, afecta gravemente bienes jurídicos fundamentales inderogables reconocidos tanto en los órdenes jurídicos internos como en órdenes jurídicos internacionales*¹⁹¹. Dentro de las graves violaciones a los derechos humanos encontramos entre otras la desaparición forzada¹⁹², la tortura¹⁹³

¹⁸⁸ En el caso de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos esta afirmación debe ser mitigada. Por ejemplo, la Corte IDH hasta el año 2006 declaraba que ciertas violaciones a los derechos humanos constituyen crímenes de lesa humanidad (véase por ejemplo casos Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 104, La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrafo 225, Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153). En sus últimas sentencias, la Corte IDH parece haber modificado su jurisprudencia pues se limita a constatar que se trata de graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el marco de un plan sistemático (Véase por ejemplo Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

¹⁸⁹ Véase entre otros Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículos 6, 7 y 8. Véase también Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, Estatuto de los Tribunales Especiales para Núremberg, Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, o el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

¹⁹⁰ Véase entre otros Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

¹⁹¹ Véase entre otros Comisión Internacional de Juristas, *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos*, Ginebra 2008, páginas 20 y 21.

¹⁹² Artículo 1 (1) de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

¹⁹³ Véase por ejemplo la resolución 61/153 de la AG de UN, "La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" de 19 de diciembre de 2006; resolución 60/148 "La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" de 16 de diciembre de 2005; y la resolución 55/89 "La tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes", de 22 de febrero de 2001. Véase también: la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y programa de acción de Viena*, junio de 1993, párrafo 55; Resolución 7 (XXVII) de 20 de agosto de 1974 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

o las ejecuciones extrajudiciales¹⁹⁴ sin necesidad de que sean cometidos de forma generalizada o como parte de un plan sistemático (elementos de contexto que son necesarios para que sean considerados crímenes de lesa humanidad).

123 - De manera general, se puede decir que las graves violaciones a los derechos humanos constituyen vulneraciones a normas imperativas de derecho internacional¹⁹⁵ (*jus cogens*¹⁹⁶). Así lo ha reconocido la jurisprudencia internacional de órganos de derecho internacional de derechos humanos¹⁹⁷ y de derecho penal internacional (al determinar que la prohibición relativa a la tortura es una norma de *jus cogens*¹⁹⁸).

124 - En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Almonacid, señaló que la categoría de crimen de lesa humanidad contenía la noción de grave violación a los derechos humanos, por lo tanto el estándar en materia de amnistía que se aplica a las graves violaciones, también es válido para los crímenes de lesa humanidad: *“Según el corpus iuris del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda”*¹⁹⁹.

125 - Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido que *“[e]l Derecho Internacional considera que, entre otros actos, la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas son graves violaciones a los derechos humanos. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en reiteradas oportunidades, ha recordado que las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y la tortura constituyen graves violaciones a los derechos humanos. La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas reitera que la desaparición forzada es una violación grave a los derechos humanos. La jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos es coincidente en esta materia. El*

¹⁹⁴ Véase por ejemplo la Resolución 61/173 “Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” de 19 de diciembre de 2006; Resolución 59/197 “Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” de 20 de diciembre de 2004, párrafo 19; y resolución 53/147 “Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” de 9 de diciembre de 1998.

¹⁹⁵ Véase entre otros Comisión Internacional de Juristas, *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos*, Ginebra 2008, páginas 20 y 21.

¹⁹⁶ Véase Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, artículo 53. *Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*

¹⁹⁷ Véase entre otros Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párrafo 84; Comité Derechos Humanos de NU, Decisión de 29 de marzo de 1982, Comunicación No. 30/1978, *Caso Bleier Lewhoff y Valiño de Bleier c. Uruguay*; Decisión de 31 de marzo de 1982, Comunicación No. 45/1979, *Caso Pedro Pablo Carmargo c. Colombia*; y *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Burundi*, de 3 de agosto 1994, en Documento de Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.41, párrafo 9; Resolución A/RES/59/183 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Resolución E/CN.4/RES/2005/39 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; e Informe del Relator Especial sobre la Tortura de las Naciones Unidas (Documento de Naciones Unidas E/CN.4/1986/15, párrafo 3, de 19 de febrero de 1986).

¹⁹⁸ Véase Comisión Internacional de Juristas, Op Cit, página 20, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, El Fiscal c. Anto Furundzija, Sentencia No. IT-95-17/1-T, párrafo 154; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, El Fiscal c. Delalic y otros, IT-96-21-T, párrafo 454; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, El Fiscal c. Kunarac, IT-96-23-T e IT-96-23/1-T (de 22 de febrero de 2001)

¹⁹⁹ Véase Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 105

*Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reiteradamente calificado, entre otros actos, la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada como graves violaciones de los derechos humanos*²⁰⁰.

126 - Por todo lo anterior, cuando describiremos *ese corpus juris internacional* en materia de prohibición de adoptar amnistías, se tomará en cuenta el matiz que existe entre las prohibiciones que se refieren a las graves violaciones a los derechos humanos y las que se refieren a otros tipos de crímenes internacionales.

I. Las leyes de amnistía en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

A. El análisis de leyes de amnistía ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

127 - En primer término, las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos figuran entre los precedentes más tempranos y relevantes en el derecho internacional de los derechos humanos en materia de leyes de amnistía *de jure*. Las contribuciones de la Comisión han variado desde la publicación de lineamientos generales en 1986²⁰¹ hasta la decisión de varios casos durante la década de los noventa.

128 - Entre los primeros casos se encuentran los relacionados con las leyes de amnistías en Argentina,²⁰² El Salvador²⁰³ y Uruguay.²⁰⁴

129 - Dentro de los precedentes más importantes en este tema surgidos a partir del análisis de peticiones individuales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentran los casos relativos a la ley de amnistía de El Salvador en donde este organismo internacional condenó su aplicación. En el Caso de Monseñor Oscar Arnulfo Romero la Comisión analizó los hechos relativos al asesinato del líder religioso y defensor de los derechos humanos el 24 de marzo de 1980, mientras celebraba misa. Los peticionarios del caso alegaron que los autores tanto intelectuales como materiales del asesinato eran agentes estatales. El Estado, si bien no controvertió los hechos justificó la falta de investigación y sanción a los responsables a partir de la ley de amnistía salvadoreña. La Comisión en el informe 37/00 encontró que el Estado había violado en perjuicio de los familiares de la víctima y de los miembros de su comunidad religiosa su derecho a la justicia e incumplido su obligación de investigar, procesar y reparar, establecidos en los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la

²⁰⁰ Véase sentencia C-370 de 2006, MP Manuel Cepeda E. Acápites De las graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

²⁰¹ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986 pp. 191-193.

²⁰² Alicia Consuelo Herrera y otros v. Argentina, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Inter-Am. C.H.R. 41, OEA/ser.L/V/II.83. doc. 14 corr. 1 (1992) (Informe Anual 1992-1993).

²⁰³ La Masacre de Las Hojas, Caso 10.287, Inter-Am. C.H.R. 83, OEA/ser. L/V/II.83, doc. 14 corr. 1 (1992) (Informe Anual 1992-1993).

²⁰⁴ Hugo Leonardo de los Santos Mendoza y otros v. Uruguay, Casos 10.029 et. al. Inter-Am. C.H.R. 154, OEA/ser. L/V/II.83, doc. 14 corr. 1 (1992) (Informe Anual 1992-1993).

Convención Americana. Así la Comisión recomendó al Estado salvadoreño dejar sin efecto la ley de amnistía a través de la adecuación de su legislación interna, entre otras medidas de reparación.²⁰⁵

130 - En el Caso de La Masacre de las Hojas, miembros del ejército salvadoreño asesinaron aproximadamente 74 personas cerca de Las Hojas. El gobierno de El Salvador no procesó penalmente a los miembros de las fuerzas armadas implicados en la masacre e indebidamente aplicó la ley de amnistía que les otorgó inmunidad. En respuesta, la Comisión declaró que el Estado salvadoreño violó los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana e incumplió su obligación de respetar los derechos conforme al artículo 1 del mismo instrumento internacional.²⁰⁶

131 - Asimismo, la Comisión en 1996 en los casos Héctor Marcial y Garay Herмосilla et al.,²⁰⁷ y Juan Meneses y otros,²⁰⁸ encontró que las leyes de amnistía en Chile eran violatorias a los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso de *Samuel Catalán Linconeо* la Comisión determinó que los efectos de la Ley de Amnistía en Chile y sus efectos legales eran en realidad una continuación de la política violatoria de derechos humanos llevada a cabo por los regímenes militares que gobernaron ese país desde septiembre de 1973 hasta marzo de 1993.²⁰⁹

B. Los primeros casos en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció indirectamente problemáticas suscitadas a raíz de la existencia o aplicación de leyes de amnistía.

132 - Las primeras aproximaciones que tuvo la Corte Interamericana al tratar con el tema de las leyes de amnistía en el continente se relacionó con los obstáculos que las mismas eventualmente podían representar para las medidas de reparación que incluían la investigación y acceso a la justicia de las víctimas.²¹⁰ Desde estos primeros casos la Corte consideró que “ninguna ley o disposición interna – incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción – podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos”.²¹¹ La Corte llegó a esta conclusión debido a que en su opinión, si las amnistías pueden impedir el cumplimiento de sus resoluciones “*los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de protección efectiva.*”²¹²

²⁰⁵ Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, Caso 11.481, Inter-Am. C.H.R. (Informe Anual 1999).

²⁰⁶ La Masacre de Las Hojas, Caso 10.287, Inter-Am. C.H.R. 83, OEA/ser. L/V/II.83, doc. 14 corr. 1 (1992) (Informe Anual 1992-1993).

²⁰⁷ Héctor Marcial y Garay Herмосilla y otros v. Chile, Caso 10.843, Inter-Am. CHR No. 36/96 Caso 10.843, Informe No. 36/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 156 (1996).

²⁰⁸ Juan Meneses, Ricardo Lagos Salinas, Juan Alsina Hurtos, y Pedro Vergara Inostroza v. Chile, Casos 11.228, 11.229, 11.231, 11.282 Informe No. 34/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. 196 (1996).

²⁰⁹ Samuel Catalán Linconeо v. Chile, Caso 11.771, Inter-Am. C.H.R. 154, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 27 (2001) (Informe Anual 2005).

²¹⁰ Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 105.

²¹¹ Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 167.

²¹² Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 167.

C. El estándar en materia de leyes de Amnistía de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Los casos Barrios Altos, La Cantuta y Almonacid Arellano.

133 - En los casos Barrios Altos, La Cantuta y Almonacid Arellano, la Corte Interamericana fijó su postura actual respecto a las leyes de amnistía que impedían la investigación de graves violaciones a derechos humanos. Dichas leyes habían sido promulgadas en Perú y en Chile respectivamente.

134 - En el caso Barrios Altos, al analizar las leyes de amnistía peruanas la Corte Interamericana consideró que son *“inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”*²¹³ Esto debido a que este tipo de leyes *“conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”*.²¹⁴

135 - En ese sentido, la Corte reafirmando lo ya establecido en los casos anteriormente descritos determinó que este tipo de leyes *“impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.”*²¹⁵

136 - Así, este Alto Tribunal estimó que a la luz de las obligaciones los Estados Partes que mantenían vigentes este tipo de leyes incumplían las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y violaban los artículos 8 y 25 del mismo instrumento internacional.²¹⁶

137 - Un paso de suma importancia dado en Barrios Altos se refiere a los alcances de la declaración de incompatibilidad entre las leyes de amnistía y la Convención Americana. La Corte Interamericana en la sentencia de fondo del asunto mencionó que en el caso peruano las leyes de amnistía *“carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”*²¹⁷ Los alcances generales de esta declaratoria quedaron claros en la sentencia de interpretación del mismo caso en donde la Corte señaló que *“dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos t[enía] efectos generales”*.²¹⁸

²¹³ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

²¹⁴ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 43.

²¹⁵ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75 párr. 43.

²¹⁶ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75 párr. 43.

²¹⁷ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75 párr. 44.

²¹⁸ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

138 - En el caso Almonacid Vs. Chile, la Corte determinó que, debido a sus características, el asesinato del señor Almonacid Arellano constituía un crimen de lesa humanidad ya que el mismo *inter alia* formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil. Este hecho fue considerado como la piedra angular para analizar si los crímenes de lesa humanidad podían ser sujetos a algún tipo de amnistía.

139 - Al respecto, la Corte Interamericana señaló que “los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes”,²¹⁹ y llegó a la conclusión de que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna”.²²⁰ En consecuencia, “los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía.”²²¹

140 - Como ya fuera señalado, en el caso Almonacid, la Corte construye la prohibición de *adoptar amnistías* sobre la base de que se trataba de crímenes de lesa humanidad. Lo anterior podría dar a pensar que en esa sentencia cambió el estándar en cuanto a la prohibición de *amnistiar* graves violaciones a los Derechos Humanos, pero en la fundamentación aclara que en realidad los crímenes de lesa humanidad constituían en sí graves violaciones a los derechos humanos y por lo tanto se les debía aplicar el mismo estándar en esa materia.

141 - Asimismo, la Corte analizó cuales son los criterios que exige el artículo 2 de la Convención respecto a la obligación de adecuar el derecho interno y llevar a cabo la adopción de medidas para lograr estos fines. Al respecto, la Corte identificó que dicha adecuación impone el deber de: i) suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) expedir de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²²²

142 - Así, el Tribunal concluyó que las leyes de amnistía de este tipo constituyen *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado.²²³ Asimismo, afirmó que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; y considera indiferente como se haya adoptado dicha ley.²²⁴ Considerando que si bien era un adelanto significativo el hecho de que las leyes de amnistía en Chile no estuviesen siendo aplicadas, lo mismo no era suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención. En primer lugar porque el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas

²¹⁹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 111.

²²⁰ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 114.

²²¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 114.

²²² Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 118.

²²³ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 119.

²²⁴ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 120.

puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.²²⁵

143 - En cuanto a la aplicación de las disposiciones de amnistía en Chile, este Alto Tribunal dejó en claro que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención podía, a su vez, producir responsabilidad internacional del Estado, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana lo cual a su vez es violatorio del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25 del mismo instrumento internacional.²²⁶

144 - En el caso de La Cantuta Vs. Perú, si bien la Corte ya había analizado el contenido y alcances de las leyes de amnistía peruanas declarando que las mismas eran “incompatibles con la Convención Americana [...] y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos” la controversia que subsistió en este caso tenían una estrecha relación con las obligaciones del Estado en el marco del artículo 2 de la Convención, que gira en torno a la determinación de si esas leyes continúan surtiendo efectos luego de la declaración general de incompatibilidad hecha por el Tribunal en aquel caso.²²⁷

145 - En La Cantuta, la Corte Interamericana precisó que el caso Barrios Altos el Alto Tribunal consideró que en Perú dichas leyes de autoamnistía son *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma “constituye *per se* una violación de la Convención” por ser “una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte” en dicho tratado. Ese, para la Corte, es el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado en el caso *Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención.²²⁸

146 - Analizando el caso en concreto, la Corte llegó a la conclusión de que desde la Sentencia de la Corte en el caso *Barrios Altos* y desde la decisión del CSJM que la considera, las leyes de amnistía no han sido aplicadas en las investigaciones y procesos penales abiertos desde el año 2001 en Perú ni se tuvo indicios de que dichas leyes hayan impedido la apertura de otras investigaciones o procesos, en relación con los hechos de La Cantuta o de otros casos en el Perú.²²⁹

147 - Así, la Corte señaló que la aplicación de las leyes de amnistía por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales,

²²⁵ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 121.

²²⁶ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

²²⁷ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 169.

²²⁸ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 174.

²²⁹ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 188.

constituye una violación de la Convención Americana ²³⁰ lo que traer como consecuencia el incumpliendo su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 4, 5, 7, 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado.²³¹ Por lo que en el tiempo en que el Estado peruano aplicó esas leyes incurrió en esas violaciones a la Convención. Sin embargo, la Corte Interamericana estimo que el Estado peruano no incurre en violación a la Convención mientras las leyes de amnistía no generen efectos , expresando de forma categórica que las mismas *“no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro”*.²³²

148 - Recientemente, en el caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, la Corte reiteró su jurisprudencia constante sobre la incompatibilidad de figuras como la prescripción y la amnistía en los casos de graves violaciones a los derechos humanos.²³³ Igualmente, la Corte identificó en los hechos de la masacre *“un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsadas por el Estado, el cual estaba dirigido a aquellos individuos considerados como ‘enemigos internos’”*²³⁴ determinando que la eventual aplicación de una disposición de amnistía contravendría las obligaciones derivadas de la Convención Americana.²³⁵ Al respecto, es relevante observar que en el caso en mención, al no haberse aplicado en perjuicio de las víctimas del caso la Ley de Reconciliación Nacional, el Estado no violó por este hecho la Convención. Sin embargo, la Corte si expone en esta decisión la importancia de evitar retardos injustificados que retrasan la decisión sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de las leyes de amnistía.

II. El estándar en materia de leyes de Amnistía en la Organización de las Naciones Unidas

149 - Los desarrollos y avances en lo que concierne a los límites y alcances de las leyes de amnistía y su relación con diversas disposiciones en materia de derechos humanos no se circunscriben única y exclusivamente al ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sino que también a otros organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas. A continuación se expondrán algunos criterios que diversas instituciones de dicha han realizado al respecto.

²³⁰ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 174.

²³¹ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 189.

²³² Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 189.

²³³ Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 129.

²³⁴ Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 130.

²³⁵ Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 131.

A. Posición de los órganos de la Carta de Naciones en materia de amnistías

150 - La ONU, por medio de varios de sus órganos de la Carta de Naciones Unidas ha ratificado su rechazo en cuanto a la adopción de amnistías o mecanismo de naturaleza similar que benefician a perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos y otros crímenes internacionales.

151 - La Asamblea General de Naciones Unidas en el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas²³⁶ dispone que: *“Los autores o presuntos autores [desaparición forzada] no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”*. En la Declaración sobre Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias²³⁷. En cuanto principio 19, el mismo dice: *“En ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”*.

152 - En la Declaración y Programa de Acción de Viena²³⁸, adoptada en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993 se establece que *“los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases del imperio de la ley”*.

153 - El Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad²³⁹, en su principio 24 dispone que *“Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata (...)”*. En el principio 19 se estipula que *“[l]os Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente”*²⁴⁰. Estos principios ya habían sido afirmados por ese órgano en 1997 en los llamados principios de Joinet²⁴¹. Unos años antes, en el año 1985, Louis Joinet había elaborado un informe para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías *sobre las*

²³⁶ Véase Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992.

²³⁷ Véase Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989.

²³⁸ Véase DPI/1394-48164- Octubre de 1993-/M, Sección II, párrafo 60, página 65. Citado por Comisión Internacional de Juristas, Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos, Ginebra 2008, páginas 94.

²³⁹ Véase Naciones Unidas, Asamblea General, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II

²⁴⁰ Informe de la Sra. Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad - Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1 (2005), principios 24.

²⁴¹ Véase Naciones Unidas, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 de 2 de octubre de 1997, principios 25 y 18.

leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos, en el que mencionaba que las amnistías no podía cubrir los crímenes de lesa humanidad (que implicaban graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos)²⁴².

154 - También encontramos referencias a la prohibición de emitir amnistías que cubran a los autores de las graves violaciones a los derechos humanos en resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas²⁴³ o en los informes del Secretario general de Naciones Unidas²⁴⁴.

B. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

155 - El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano instituido para realizar el seguimiento de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha emitido diversos documentos sobre este tema. La Observación General no.20 es un instrumento precursor en esta materia que sigue siendo referencia en la determinación de la incompatibilidad de las obligaciones internacionales de los Estados y las amnistías en casos de tortura y crímenes de lesa humanidad. En dicho documento, el Comité fue enfático en señalar que los Estados no pueden privar por medio de leyes de amnistía a las personas de un recurso efectivo, incluidas las medidas de compensación y reparación.²⁴⁵ En adición a la Observación general antes mencionada, y siguiendo sus criterios, la observación general no.31 sobre “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes del Pacto”, establece igualmente, que deben llevarse a cabo investigaciones efectivas y sancionar a los responsables en casos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes similares, la ejecución sumaria y arbitraria y la desaparición forzosa y destaca que “cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del

²⁴² Véase Informe del Sr. Louis Joinet, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de iscriminations y Protección de las Minorías, Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos, que observa que un indulto constituye un mecanismo discrecional para evadir la acción judicial (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, párr. 5), párrafo 63.

²⁴³ Véase por ejemplo, Resolución 1120 (1997), Croacia, de 14 de Julio de 1997; Resolución 1315 (2000), Sierra Leona, de 14 de agosto de 2000; y Resolución 1529 (2004), Haití, de 29 de febrero de 2004, el artículo 10 del El Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad Resolución 1400 de 2002, o el artículo 16 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano Naciones Unidas, Consejo de Seguridad Resolución 1757 de 2007 citados por Citado por Comisión Internacional de Juristas, Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos, Ginebra 2008, página 95.

²⁴⁴ Véase entre otros Naciones Unidas Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos - Informe del Secretario General, Documento de Naciones Unidas S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párrafos 40 y 64; Informe del Secretario General sobre la justicia y la reconciliación en Timor-Leste, Documento de Naciones Unidas S/2006/580 de 26 de julio de 2006, párrafo 30, Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, Documento de Naciones Unidas S/2000/915, párrafo 22. o Séptimo Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Misión de Observación en Sierra Leona, Documento de Naciones Unidas S/1999/836, de 30 de julio de 1999, párrafo 7 citados por Citado por Comisión Internacional de Juristas, Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos, Ginebra 2008, página 96.

²⁴⁵ “Amnesties [in respect of acts of torture] are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts; to guarantee freedom from such acts within their jurisdiction; and to ensure that they do not occur in the future. States may not deprive individuals of the right to an effective remedy, including compensation and such full rehabilitation as may be possible.” General Comment No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment, Doc. off. CCPR UN, 44th sess., Doc UN (1992), par. 15. Disponible en: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument>

Pacto a que se hace referencia [...] los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías”.²⁴⁶

156 - En el marco de su labor de seguimiento a la aplicación de dicho Pacto el Comité emitió una serie de observaciones sobre la situación particular de varios países, destacando los informes sobre Argentina²⁴⁷, Chile²⁴⁸, Francia²⁴⁹, Haití²⁵⁰, República del Congo²⁵¹, Yemen²⁵², entre otros.

157 - Una mención especial merecen las observaciones formuladas a la Ley de Caducidad de Uruguay realizadas en 1993²⁵³ y en 1998²⁵⁴. En ambas ocasiones el Comité señaló que dicha ley violaba los artículos 2-3 (derecho a un recurso efectivo a todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos), el artículo 7 (tratamiento cruel de las familias de las víctimas) y el artículo 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) del Pacto. Así, en sus observaciones de 1998 el Comité mencionó:

El Comité expresa una vez más su profunda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter.

²⁴⁶ General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant. Doc. Off. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).

²⁴⁷ *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina*, Documentos de Naciones Unidas CCPR/C/79/ Add.46; A/50/40, de 5 de abril de 1995, párrafo 144; CCPR/CO/70/ARG, de 3 de noviembre 2000

²⁴⁸ “El Decreto ley de amnistía, en virtud del cual se concede amnistía a las personas que cometieron delitos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, impide que el Estado parte cumpla sus obligaciones, con arreglo al párrafo 3 del artículo 2, de garantizar la reparación efectiva a cualquier persona cuyos derechos y libertades revistos en el Pacto hayan sido violados. El Comité reitera la opinión expresada en su observación General 20, de que las leyes de amnistía respecto de las violaciones de los derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado parte de investigar esas violaciones, garantizar que las personas no estén sujetas a dichas violaciones dentro de su jurisdicción y velar por que no se cometan violaciones similares en el futuro.” Véase, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile*, Doc. off. CCPR UN, 65º período de sesiones, Doc. NU CCPR/C/79/Add.104 (1999), párrafo 7.

²⁴⁹ Véase, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Francia*, Doc. off. CCPR UN, Doc. UN CCPR/C/79/Add.80 (1997), párrafo 13.

²⁵⁰ *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Haití*, Documento de Naciones Unidas A/50/40, párrafos 224 - 241.

²⁵¹ “El Comité señala que la concesión de la amnistía por los delitos cometidos durante los períodos de guerra civil puede comportar una forma de impunidad incompatible con el Pacto. El Comité considera que las leyes en virtud de las cuales se ha amnistiado a personas que cometieron delitos graves, no permiten asegurar el respeto de las obligaciones adquiridas por la República del Congo en virtud del Pacto, y especialmente de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 2, que garantiza un recurso efectivo a toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por el Pacto hayan sido violados. El Comité reitera la opinión expresada en su Observación general Nº 20, de que las leyes de amnistía que abarcan las violaciones de los derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado Parte de investigar dichas violaciones, garantizar el derecho a gozar de protección contra ellas dentro de los límites de su jurisdicción, y velar por que no se vuelvan a producir violaciones similares en el futuro.” Véase, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República del Congo*, Doc. off. CCPR UN, 68º período de sesiones, Doc. UN CCPR/C/79/Add.118 (2000), párrafo 12.

²⁵² *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Yemen*, Documento de Naciones Unidas A/50/40, párrafos 242 - 265.

²⁵³ Véase, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República del Uruguay*, Doc. UN CCPR/C/79/Add.19, 5 mayo de 1993, párr. 7.

²⁵⁴ Véase, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República del Uruguay*, Doc. UN CCPR/C/79/Add.90, 8 abril de 1998, párr. 7.

El Comité observa con profunda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas.

158 - En el mismo documento, el Comité recomendó al Estado uruguayo tomar las medidas legislativas necesarias para corregir los efectos de la Ley de Caducidad y asegurar que las víctimas de dichas violaciones tengan acceso a un recurso útil y efectivo ante las instancias jurisdiccionales nacionales.

159 - Asimismo, el Comité de Derechos Humanos emitió una serie de Observaciones finales de los informes periódicos que presentaron varios países en relación con este tema. De esta forma, en el caso de Argentina, el Comité instó al Estado a que de acuerdo con el Pacto, desarrollara mecanismos legales para modificar las leyes de amnistía de ese país, igualmente le recomendó que llevara a cabo la remoción miembros de las fuerzas armadas de los cuales se tenga suficiente evidencia de que participaron en violaciones a derechos humanos, esto con especial relación a casos de desaparición forzada de personas incluyendo las adopciones ilegales de niños de las víctimas de estos hechos.²⁵⁵

160 - Respecto de Guatemala el Comité instó al Estado para que se abstuviera de aplicar la Ley de Reconciliación Nacional en casos de delitos de lesa humanidad.²⁵⁶ De la misma forma el Comité expresó en su momento su preocupación por las leyes de amnistía expedidas tanto en Haití²⁵⁷ como en Perú²⁵⁸, mientras que en países como la República del Congo²⁵⁹, Líbano²⁶⁰, Senegal²⁶¹ y Togo²⁶², el Comité condenó y advirtió sobre el uso de este tipo de instrumentos legales.

²⁵⁵ "The Committee urges the State party to continue to investigate the whereabouts of disappeared persons, to complete urgently investigations into the allegations of illegal adoption of children of disappeared persons, and to take appropriate action. It also urges the State party fully to investigate recent allegations of murders committed by the military during the period of military rule and to take action on the findings." Véase, Comité de Derechos Humanos. Argentina, ICCPR/C/79/Add.46; A/50/40, paras.144-165.

²⁵⁶ Véase, Guatemala, ICCPR, A/56/40 vol. I (2001) 93 párr. 85(12) y 85(20).

²⁵⁷ Véase, Haití, ICCPR, A/50/40 vol. I (1995) 46 at párr. 230 y 235.

²⁵⁸ Véase, Perú, ICCPR, A/51/40 vol. I (1996) 48 párr. 347, 348, 354 y 358; Perú, ICCPR, A/56/40 vol. I (2001) 45 párr. 76(9).

²⁵⁹ Véase, Congo, ICCPR, A/55/40 vol. I (2000) 43 párr. 275.

²⁶⁰ "The amnesty granted to civilian and military personnel for human rights violations they may have committed against civilians during the civil war is of concern. Such a sweeping amnesty may prevent the appropriate investigation and punishment of the perpetrators of past human rights violations, undermine efforts to establish respect for human rights, and constitute an impediment to efforts undertaken to consolidate democracy." Véase, Líbano, ICCPR, A/52/40 vol. I (1997) 53 párr. 342.

²⁶¹ "The passiveness of the Government in conducting timely investigations of reported cases of illtreatment of detainees, torture and extrajudicial executions is not consistent with the provisions of articles 7 and 9 of the Covenant. To achieve full compliance with article 4 of the Covenant, greater efforts are also needed to ensure the proper protection of human rights under a state of emergency. Amnesty should not be used as a means to ensure the impunity of State officials responsible for violations of human rights. All such violations, especially torture, extrajudicial executions and illtreatment of detainees should be investigated and those responsible for them tried and punished." Senegal, ICCPR, A/48/40 vol. I (1993) 23 párr. 112.

²⁶² Véase, Togo, ICCPR, A/58/40 vol. I (2002) 36 párr. 78(9).

161 - En el mismo sentido, la Resolución 2005/81 sobre impunidad del Comité de Derechos Humanos reconoce que no deben ser sujetos de amnistía aquellas personas acusadas de violaciones a los derechos humanos u el derecho internacional humanitario que constituyen crímenes graves. Asimismo, urgió a los Estados que tienen este tipo de legislación a que levanten, no aplique o deroguen tanto las amnistías y otro tipo de inmunidades que impidan la persecución de este tipo de delitos.²⁶³

C. Caso Rodríguez v. Uruguay²⁶⁴ en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

162 - El Caso Rodríguez v. Uruguay, conocido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas versa sobre el arresto y tortura en junio de 1983 del señor Hugo Rodríguez. Dichos actos nunca fueron investigados, ni los responsables sancionados y si bien después de una larga disputa judicial se determinó que las Cortes civiles podían conocer el caso, con la promulgación el 22 de diciembre de 1986 de la Ley de Caducidad se hizo imposible investigar u perseguir este tipo de crímenes cometidos durante los años de la dictadura militar.²⁶⁵

163 - Durante el procedimiento de este caso ante el Comité el Estado uruguayo en sus contestaciones se limitó a justificar, en términos generales, su actuar en la decisión gubernamental de adoptar la ley de amnistía antes mencionada y calificó al referéndum de 1989 que no derogó la Ley de Caducidad como un “una demostración ejemplar de democracia directa por parte del pueblo uruguayo”.²⁶⁶

164 - En respuesta, el Comité señaló que de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el Estado uruguayo tiene la obligación de investigar violaciones a los derechos humanos por un régimen anterior, especialmente cuando se trata de violaciones graves como lo es la tortura, lo cual también implica que las víctimas deben tener acceso a un recurso efectivo.²⁶⁷

165 - El Comité, señaló que las amnistías respecto a hechos de tortura son incompatibles con el deber estatal de investigar tales actos.²⁶⁸ De esta forma, el Comité reafirmó su posición en el sentido de que las amnistías por graves violaciones a los derechos humanos y legislación como la Ley 15,848, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, son incompatibles con las obligaciones de los estados parte bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Igualmente, el Comité destacó su preocupación de que, al adoptar esta ley, el Estado uruguayo ha contribuido a crear una atmosfera de impunidad que puede perjudicar el orden democrático y dar pie a futuras violaciones graves a los

²⁶³ “[A]mnesties should not be granted to those who commit violations of human rights and international humanitarian law that constitute crimes, urges States to take action in accordance with their obligations under international law and welcomes the lifting, waiving, or nullification of amnesties and other immunities, and recognizes as well the Secretary-General’s conclusion that United Nations-endorsed peace agreements can never promise amnesties for genocide, crimes against humanity, war crimes, or gross violations of human rights.” Véase, UN Commission on Human Rights, *Human Rights Resolution 2005/81: Impunity*, 21 April 2005, E/CN.4/RES/2005/81. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/45377c930.html>

²⁶⁴ *Rodríguez v. Uruguay* (322/1988), ICCPR, A/49/40 vol. II (19 July 1994) 5 (CCPR/C/51/D/322/1988)

²⁶⁵ *Rodríguez v. Uruguay* (322/1988), ICCPR, A/49/40 vol. II (19 July 1994) 5 (CCPR/C/51/D/322/1988) Párr. 2.1 y 2.2.

²⁶⁶ *Rodríguez v. Uruguay* (322/1988), ICCPR, A/49/40 vol. II (19 July 1994) 5 (CCPR/C/51/D/322/1988) Párr. 8.2 y 12.2.

²⁶⁷ *Rodríguez v. Uruguay* (322/1988), ICCPR, A/49/40 vol. II (19 July 1994) 5 (CCPR/C/51/D/322/1988) Párr. 12.3.

²⁶⁸ Idem.

derechos humanos.²⁶⁹ De esa manera, el Comité ordenó al Estado uruguayo a que llevara a cabo una investigación oficial respecto a las acusaciones de tortura por parte del señor Rodríguez con el fin de que la víctima pueda obtener reparaciones. Igualmente ordenó que se tomaran las medidas necesarias para que no se repitieran estas violaciones en el futuro.²⁷⁰

D. Comité contra la Tortura

166 - Por su parte, el *Comité contra la Tortura* se ha pronunciado sobre la legitimidad de las leyes de amnistía en su Observación General nº 2. Su interpretación del artículo 2 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* estipula que los estados no pueden invocar las amnistías para justificar actos de tortura. Así, el Comité ha considerado que “*El párrafo 2 del artículo 2 [de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes] dispone que la prohibición de la tortura es absoluta e imperativa*” y que “*las amnistías u otros obstáculos que impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos, ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición*”.²⁷¹

167 - El Comité Contra la Tortura de la ONU ha reconocido que de forma recurrente algunos países legislan leyes de amnistía con el fin de dejar este crimen en la impunidad. Al respecto, el citado Comité no ha dejado lugar a dudas de que con el fin de prevenir la impunidad de esos delitos los Estados deben investigar y procesar a los acusados de haber cometido tortura, teniendo además la obligación de que las leyes de amnistía excluyan de su alcance este delito.²⁷²

168 - El Comité contra de la Tortura también ha ordenado que se lleven reformas con el fin de acortar los alcances de leyes de amnistía que protegen a aquellos oficiales gubernamentales que han perpetrado o consentido actos de tortura e incluso otro tipo de tratos crueles, inhumanos o degradantes.²⁷³ En otros casos, como en el chileno, el Comité ha llegado a recomendar que la ley de amnistía vigente sea derogada y que se establezca constitucionalmente la prohibición de la tortura.²⁷⁴

169 - Asimismo, en el caso de Perú, el Comité ha expresado su preocupación por la aparente falta de investigación y persecución de aquellos acusados de actos de tortura y recomendó al Estado peruano excluir este tipo de delitos del alcance de cualquier ley de amnistía.²⁷⁵

170 - Por último, cabe destacar que esta preocupación ha trascendido el ámbito de los organismos de derechos humanos de la ONU. Así, por ejemplo, con ocasión del establecimiento del tribunal especial para Sierra Leona, el Secretario General de la del organismo exhortó a no reconocer leyes de amnistía

²⁶⁹ *Rodríguez v. Uruguay* (322/1988), ICCPR, A/49/40 vol. II (19 July 1994) 5 (CCPR/C/51/D/322/1988) Párr. 12.4.

²⁷⁰ *Rodríguez v. Uruguay* (322/1988), ICCPR, A/49/40 vol. II (19 July 1994) 5 (CCPR/C/51/D/322/1988) Párr. 14

²⁷¹ *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes - Observación general n°2*, Doc. off. CAT UN, Doc. Un CAT/C/GC/2 (2008), párrafo 5.

²⁷² “In order to ensure that perpetrators of torture do not enjoy impunity, the State party should ensure the investigation and, where appropriate, the prosecution of those accused of having committed the crime of torture, and ensure that amnesty laws exclude torture from their reach.” Véase: *Azerbaijan*, CAT, A/55/44 (2000) 16 at para. 68 y 69.

²⁷³ Véase, *Bahrain*, CAT, A/60/44 (2005) 44 párr. 108 y 109.

²⁷⁴ Véase, *Chile*, CAT, A/59/44 (2004) 28 at párr. 56 y 57.

²⁷⁵ Véase, *Perú*, CAT, A/55/44 (2000) 13 at párr. 59 y 61.

en el contexto de delitos graves que involucren genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de derecho internacional humanitario.²⁷⁶ En el mismo sentido, la Asamblea General de la ONU en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas estableció que las amnistías en casos de ese tipo son incompatibles con el derecho internacional.²⁷⁷

III. El estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

171 - El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que, en el contexto de los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (Prohibición de la tortura) del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, las amnistías o los indultos nos están permitidos.

172 - En el Caso *Yeter* la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que el Estado Turco violó en perjuicio de las víctimas el Artículo 2 del Convenio Europeo en virtud de la aplicación de una ley de amnistía. La Corte señaló que en el marco de investigaciones por hechos de tortura, a pesar de que los oficiales de policía acusados en este caso fueron suspendidos de sus deberes, los procedimientos disciplinarios en su contra fueron terminados ya que a ellos se les extendió el beneficio de la Ley de Amnistía no. 4455. Como resultado, ninguna sanción les fue impuesta. La Corte Europea dejó en claro que cuando un agente estatal es acusado de crímenes que violan los derechos del Artículo 3 del Convenio Europeo, los procedimientos penales y el juzgamiento no debe obstaculizarse y la concesión de amnistía no es permisible.²⁷⁸

173 - Por otra parte, en el Caso *Ould Dah v. Francia* el Tribunal de Estrasburgo aprobó el uso de la jurisdicción universal aun cuando leyes de amnistía hayan sido promulgadas en los países donde se han cometido actos de tortura. En el caso en mención, la Corte Europea señaló que a partir de lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Tribunal Penal para la Ex - Yugoslavia “*las amnistías son generalmente incompatibles con el deber de los Estados de investigar esos actos*”. Además aseguró que la “*prohibición de la tortura ocupa un lugar primordial en todos los*

²⁷⁶ “Aunque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno⁴, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario.” Véase, Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, Doc. off. CS NU, Doc. NU S/2000/915 (2000), párr. 22.

²⁷⁷ Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Artículo 18. 1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. Res. AG 47/133, Doc. off. AG NU, 47º período de sesiones, Doc. NU A/RES/47/133 (1992), artículos 18 (1) y 4 (1).

²⁷⁸ La Corte Europea señaló textualmente “As regards the disciplinary proceedings, the Court observes that although the accused police officers were suspended from duty, the disciplinary proceedings against them were terminated as they benefited from Amnesty Law no. 4455. As a result, no disciplinary sanction was imposed on them. In this connection, the Court reaffirms that when an agent of the State is accused of crimes that violate Article 3, the criminal proceedings and sentencing must not be time-barred and the granting of an amnesty or pardon should not be permissible (see, *mutatis mutandis*, *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, § 55, 2 November 2004, and *Yeşil and Sevim v. Turkey*, no. 34738/04, § 38, 5 June 2007). In the present case, the way in which domestic law was applied (see paragraph 23 above) undeniably falls within the category of “measures” which are unacceptable according to the Court’s case-law, as they once again rendered the disciplinary proceedings ineffective.” Véase, *Yeter v. Turkey*, nº 33750/03, [2009] E.C.H.R., párr. 70.

*instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre y consagra uno de los valores fundamentales en las sociedades democráticas”.*²⁷⁹

IV. El estándar de los Tribunales penales internacionales

174 - El tema de los alcances y límites de las leyes de amnistía igualmente ha sido discutido en tribunales penales internacionales. Así, por ejemplo, el Tribunal Especial para Sierra Leona²⁸⁰ en el Caso *Kallon y Kamara*²⁸¹ desestimó que las leyes nacionales de amnistía (*Lomé Peace Agreement*) fueran aplicables en relación con graves crímenes internacionales. Así, el Tribunal Especial para Sierra Leona sostuvo que la amnistía general conferida en 1999 en virtud del Acuerdo de Paz de Lomé no tenía fuerza legal para impedir que los tribunales internacionales como el Tribunal Especial para Sierra Leona, las cortes nacionales o incluso los tribunales extranjeros –haciendo uso del principio de jurisdicción universal- entablaran procesos por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

175 - Asimismo, consideró que la declaración interpretativa adicionada por el representante del Secretario General de la ONU que establece que la amnistía no se aplicará a los crímenes internacionales de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario es conforme al derecho internacional y determinó que la misma era una indicación suficiente de los límites bajo los cuales la amnistía fue otorgada.²⁸²

176 - En el mismo sentido, el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Furundzija* se destaca la preponderancia del derecho internacional en casos de tortura sobre cualquier ley nacional de amnistía.²⁸³ En ese sentido, el Tribunal argumentó que no tendría sentido, que existiendo una prohibición de tortura a nivel de norma *jus cogens* los Estados pudiesen tomar medidas autorizando o condonando actos de tortura o los pudieran absolver a través de leyes de amnistía. En

²⁷⁹ *La Corte Europea de Derechos Humanos señaló textualmente “A l’instar du Comité des droits de l’homme des Nations Unies et du TPIY, elle considère que l’amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu’ont les États d’enquêter sur de tels actes. [...] l’interdiction de la torture occupe une place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l’homme et consacre l’une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. On ne saurait dès lors remettre en cause l’obligation de poursuivre de tels faits en accordant l’impunité à son auteur par l’adoption d’une loi d’amnistie susceptible d’être qualifiée d’abusive au regard du droit international.” Véase Ould Dah c. France, n°13113/03, [2009] E.C.H.R., p.17.*

²⁸⁰ Véase Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, Artículo 10: “La amnistía concedida a una persona respecto de la cual el Tribunal Especial tenga competencia en relación con uno de los crímenes a que se hace referencia en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto no constituirá un impedimento para el procesamiento”.

²⁸¹ *Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord amnesty*, SCLS-04-15-PT-060-I, Public judgment of the Court (13 March 2004). (Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber), online: SCSL Parte 1: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=u0qVGu09CTE%3d&tabid=195> Parte 2: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=%2fpbetMq1CXU%3d&tabid=195>.

²⁸² *Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord amnesty*, SCLS-04-15-PT-060-I, Public judgment of the Court (13 March 2004). (Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber), para. 86, 88, 89. Véase también: Amnistía Internacional. “*Tribunal Especial para Sierra Leona - Una decisión histórica: Rechazo a la amnistía para autores de delitos tipificados en el derecho internacional*” (18 marzo 2004).

²⁸³ *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T 10, Public judgement of the Court (10 December 1998). (International criminal tribunal for the former Yugoslavia, Trial chamber).

caso de que esto ocurriese, señala el Tribunal, las medidas dictadas no serían conforme al Derecho Internacional.²⁸⁴

V. El Estándar del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en materia de amnistías.

177 - Como se ha mencionado en los acápites anteriores curiosamente, ningún tratado internacional se refiere a la prohibición de amnistiar (todos mencionan la necesidad de llevar a cabo una persecución penal), y de hecho, el único instrumento que lo hace, es para recomendar llevar a cabo amnistías en ciertos contextos.

178 - De esa forma, de conformidad con el artículo 6-5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra una vez se produzca una cesación de hostilidades dentro de un conflicto armado interno, las autoridades públicas procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto²⁸⁵.

179 - En relación con lo anterior, el CICR, en una interpretación de ese instrumento a la luz del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario²⁸⁶, aclaró que esas amnistías (las referidas en el Protocolo II) no podían amparar a los perpetradores de crímenes de guerra.

180 - En el mismo sentido, el CICR manifestó que: “[c]uando se aprobó el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo adicional II, la USSR declaró, en su explicación de voto, que no podía interpretarse la disposición de modo que permitiese a los criminales de guerra, u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad, eludir un castigo severo. El CICR coincide con esa interpretación. Esas amnistías serían también incompatibles con la norma que obliga a los Estados a investigar y enjuiciar a los sospechosos de haber cometido crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales²⁸⁷(...)”.

181 - De allí la regla siguiente en materia de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario:

*Norma 159. Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, **salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello**²⁸⁸. [Resaltado fuera del texto]*

²⁸⁴ *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T 10, Public judgement of the Court (10 December 1998) at para. 155, (International criminal tribunal for the former Yugoslavia, Trial chamber).

²⁸⁵ Véase Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II): El artículo 6 “(...) 5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

²⁸⁶ Valiéndose del reconocimiento un *corpus juris* internacional en materia de amnistías.

²⁸⁷ Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, editado por Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, 2007, pág. 692.

²⁸⁸ Véase Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Derecho internacional humanitario consuetudinario – Volumen I: Normas*, Op cit página 691.

182 - Notemos que esta regla de DIH Consuetudinario menciona la prohibición de amnistiar a los autores de crímenes de guerra y no se refiere al concepto de graves violaciones a los derechos humanos.

183 - Esta interpretación del protocolo II artículo 6.5) ha sido retomada por la Comisión IDH²⁸⁹, y el Comité de El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas²⁹⁰.

VI. La recepción de estándares internacionales en materia de leyes de amnistía en Cortes y Tribunales Nacionales.

184 - Considerando el amplio desarrollo en el *corpus juris* internacional en materia de leyes de amnistía y del cual se ha hecho una reseña en este documento, varias Cortes y Tribunales nacionales han retomado y aplicado estos estándares a nivel interno, ya sea para cumplir con alguna resolución emitida o sentencia dictada en el ámbito internacional o para adecuar y ajustar su derecho interno a los estándares internacionales *motu proprio*. En las siguientes líneas, se retomarán algunos de los casos relevantes en América Latina en donde este tema ha sido discutido.

185 - En Argentina, el caso Simón se podría considerar como la culminación de un proceso de desmantelamiento de las leyes de amnistía.²⁹¹ Es así que después de una declaratoria del Congreso Argentino enunciando la invalidez de las leyes de amnistía,²⁹² varios casos decididos por las cortes argentinas acotando sus efectos' en combinación con la existencia de una provisión constitucional que considera a ciertos tratados de derechos humanos parte de la misma, las leyes de amnistía argentinas fueron declaradas inconstitucionales.²⁹³

186 - En el caso Simón, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina consideró que las leyes de amnistía eran incompatibles con la Constitución debido a que no establecían una regla de carácter general y porque no era posible otorgar inmunidad por órdenes claramente injustas. La Corte Suprema; no obstante, reconoció que al tiempo en que las leyes fueron promulgadas la protección de la paz social parecía un bien más valioso que la prosecución criminal de violadores de derechos humanos. Sin embargo, para la Corte también resultó evidente que la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos no autorizaba más dicho tipo de medidas.

187 - Los fundamentos legales utilizados por la Corte Suprema Argentina para declarar las leyes de amnistía como inconstitucionales consistieron en la aplicación del texto de tratados internacionales en materia de derechos humanos y su interpretación por parte de los organismos internacionales. En

²⁸⁹ Véase CIDH Caso No. 11.138, Nazario de Jesús Gracias (El Salvador), en Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador, documento OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 28 rev. de 11 febrero 1994. "el Protocolo no puede ser interpretado en el sentido de cubrir las violaciones a los derechos humanos fundamentales consignados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

²⁹⁰ Véase entre otros *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Líbano*, Documento de Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.78, 5 de mayo de 1997, párrafo 12 y *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Croacia*, Documento de Naciones Unidas, CCPR/CO/71/HRV, de 4 de abril de 2001, párrafo 11.

²⁹¹ Simón, Julio Héctor y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación, s/ privación ilegítima de la libertad, et. al. S. 1767. XXXVIII (2005) (Arg.) 104.

²⁹² Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 4° sesión ordinaria, 12 de agosto de 2003. p. 22.

²⁹³ Véase la Constitución Argentina en su artículo 75.22. Disponible en: <http://www.senado.gov.ar>.

este caso específico se aplicó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo anterior llevó a la Corte Suprema a tomar la decisión en Barrios Altos como el fundamento interpretativo principal considerando su aplicación como “imperativa”.

188 - La Corte Suprema asimismo estimó que el estatus de las leyes y el hecho de que pudieran tener un origen democrático eran hechos irrelevantes en cuestión de legitimidad si es que las mismas no permitían el esclarecimiento de violaciones a los derechos humanos, siendo el castigo a los responsables, esencial para ello. Esta obligación para la Corte Suprema emana no del derecho interno sino de los compromisos internacionales aceptados.

189 - Es así que con los argumentos anteriormente expuestos el 14 de junio de 2005 la Corte Suprema Argentina declaró la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía argentinas, ratificando la invalidez de las mismas por parte del Congreso.²⁹⁴

190 - La decisión en el caso Simón fue ampliamente publicitada en América Latina y es considerada como una victoria de la justicia sobre la impunidad. El caso Simón, más allá de un antecedente sobre la aplicación del derecho internacional en el derecho nacional es el símbolo de un proceso transnacional en materia de derechos humanos en el continente en el que tanto organismos internacionales como los Estados son protagonistas y propulsores de nuevas políticas en la materia en el continente.

191 - En Chile, en el *Caso Cevallos Jones* la Corte Suprema de ese país afirmó que las graves violaciones a los derechos humanos no pueden ser declaradas prescritas ni amnistiadas. La Corte chilena reconoció también la primacía constitucional de los "convenios, pactos y tratados [internacionales] en que se reconocen los derechos humanos, [...] de modo que una interpretación progresiva y finalista de la Constitución, los hace prevalecer sobre la legislación interna, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan; de modo que el legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional". Igualmente la Corte Suprema de Chile mencionó que las “disposiciones contrarias a éste o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una contravención al ordenamiento internacional”. Así, la Corte Suprema llega a la conclusión de que "cada Estado miembro de la comunidad internacional tiene la obligación de juzgar y castigar" a los autores de delitos de lesa humanidad.²⁹⁵

192 - En El Salvador, en el año 2000, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia decretó la imposibilidad jurídica de aplicar la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz en casos de graves violaciones a los derechos humanos, así se abrió la posibilidad para que, en el conocimiento de casos concretos de violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado interno, los jueces penales consideren la inaplicación de la Ley de Amnistía.²⁹⁶

²⁹⁴ Simón, Julio Héctor y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación, s/ privación ilegítima de la libertad, et. al. S. 1767. XXXVIII (2005) (Arg.) párr. 135 and 136. Entre los argumentos en las opiniones concurrentes en el caso pueden distinguirse por una parte, el enfoque penalista por parte del Juez Raúl Eugenio Zaffaroni y el del derecho internacional por parte de los jueces Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda.

²⁹⁵ Corte Suprema de Chile. Segunda Sala. Recurso de Casación Interpuesto por Edgar Benjamin Cevallos Jones y Ramón Pedro Cáceres Jorquera. Rol 8113-2008. Sentencia de 24 de septiembre de 2009.

²⁹⁶ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Sentencia 24-97/21-98.

193 - En Honduras en el Caso de *Juan Blas Salazar Meza* la Corte Suprema de Justicia determinó que los decretos 199-87 y 87-91 de amnistía eran inconstitucionales. La Corte Suprema de Justicia consideró que el artículo 205.16 de la Constitución hondureña otorga al Congreso Nacional facultades para conceder amnistía por delitos políticos y comunes conexos; sin embargo, dicha disposición no otorga las facultades para conceder este beneficio por delitos que llevan como fin “atentar contra la existencia y seguridad interior del Estado, el sistema de gobierno y los derechos del ciudadano”. Para la Corte Suprema, así, el Decreto 199-87 y el Decreto 87-91 “sirve[n] únicamente para incorporar la conducta de los militares en la figura de un delito político, siendo en verdad que los supuestos crímenes cometidos por los militares fueron realizados despojándose del manto cobertor de ser un acto de servicio o con ocasión de él [...]”. Con ello la Corte Suprema hondureña declaró la inconstitucionalidad por razón de fondo, y por tanto, la inaplicabilidad de los Decretos Número 199-87 promulgado el 11 de diciembre 1987, y Número 87-91 promulgado el 24 de junio de 1991 que preveían amnistías incondicionales.²⁹⁷

194 - En Perú en relación con el caso de La Cantuta, Santiago Enrique Martin Rivas, uno de los presuntos responsables de la masacre, interpuso un recurso de agravio constitucional tratando de hacer válidas las disposiciones de amnistía en el Perú. En la resolución de dicho recurso el Tribunal Constitucional dictaminó que las leyes de amnistía violan los principios fundamentales que dan su esencia a la Constitución Peruana (principio de la dignidad humana y la garantía de la defensa y la protección de los derechos humanos) así como las obligaciones internacionales contratadas por el Estado a través de la ratificación de diferentes Convenios y Tratados de derechos humanos, por lo que las declaró nulas y sin efecto, esto, siguiendo el precedente del Caso Barrios Altos y del Caso de La Cantuta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁹⁸

195 - Como comentario final, es también importante destacar que varias Constituciones latinoamericanas han incluido disposiciones que imponen límites a las amnistías conforme a los criterios del derecho internacional de los derechos humanos, según ha sido expuesto anteriormente. Así, por ejemplo, la Constitución Política de Colombia dispone en su Artículo transitorio 30 que si bien se autoriza al Gobierno Nacional conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos a miembros de grupos guerrilleros que se desmovilicen, este tipo de beneficios no podrá extenderse “a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima.”

196 - La Constitución de Ecuador dispone en su artículo 80 que “*Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles*” y aclara que “*Ninguno de estos actos será susceptible de amnistía*”.

²⁹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de Honduras - RI20-99 - Inconstitucionalidad del Decreto Número 199-87 y del Decreto Número 87-91: **Amnistía**. Alcance en relación a delitos conexos, 27/06/2000.

²⁹⁸ El Tribunal Constitucional Peruano decidió que “las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492 son nulas y carecen, *ab initio*, de efectos jurídicos. Por tanto, también son nulas las resoluciones judiciales dictadas con el propósito de garantizar la impunidad de la violación de derechos humanos cometida por los integrantes del denominado *Grupo Colina*.” Véase, *Santiago Enrique Martin Rivas* TC, Fallos, 2005-PA, 679. (Dictado el 2 de marzo del 2007) Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00679-2005-AA.html>

197 - Igualmente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 29 establece la obligación de investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos, además dispone que *los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles además de que quedan “excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”*.

VII. Sobre La recepción de estándares internacionales en materia de leyes de amnistía por parte de la Suprema Corte Justicia de Uruguay.

198 - Como ya fuera mencionado, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, desde octubre de 2009, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley de caducidad en dos ocasiones²⁹⁹.

199 - En esas oportunidades, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley por considerar que i) la ley reconoce la lógica de los hechos como fuente de la misma, en contravención de las disposiciones del artículo 4 y 82 de la Constitución ii) la ley adolece de vicios de forma relativos a la forma en que fue aprobada la ley³⁰⁰, iii) la ley no fue aprobada por mayoría absoluta en las dos cámaras como lo requiere la Constitución para las leyes de amnistía, sino que lo hizo por mayoría simple en una de las cámaras, iv) las normas conculcadas violan la separación de poderes, v) *“las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar”*, vi) las normas impugnadas conculcan lo dispuesto en tratados internacionales (surtiendo efecto la sentencia que acoja la pretensión sólo para el procedimiento en que se haya pronunciado)

200 - En particular, en lo que se refiere al último cargo la Corte afirma *“[l]a Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos”*³⁰¹.

²⁹⁹ Véase Suprema Corte de Justicia, autos caratulados “Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela. Denuncia. Excepción De Inconstitucionalidad Arts. 1, 3 Y 4 de la Ley Nº 15.848”, Ficha 97-397/2004, Sentencia 365/09 de 19 de octubre de 2009., y autos caratulados: Organización de los Derechos Humanos – Denuncia – Excepción de Inconstitucionalidad – Arts. 1º, 3º, 4º De la Ley Nº 15.848 – Ficha IUE: 2-21986/2006, sentencia 1525/10 de 25 de octubre de 2010

³⁰⁰ En particular la Suprema Corte de Justicia menciona que el legislador es inconstitucional porque, en el caso, el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías porque, de acuerdo con la normativa constitucional uruguaya, cuando un proyecto de ley es rechazado, no puede reproponerse hasta el siguiente período de la Legislatura, y unos meses antes. *“En esa legislatura, se había rechazado ya la propuesta de amnistía para esos delitos al excluirlos expresamente de la Ley Nº 15.737, que dispuso la amnistía para quienes estaban presos, condenados o procesados. Hacía menos de tres meses (28/9/86) que el Senado —que es donde se inicia la consideración del nuevo proyecto de ley— había rechazado un proyecto de ley de amnistía para militares y policías remitido al Poder Ejecutivo; por lo que no podía volver a proponer otro proyecto con el mismo contenido”*

³⁰¹ Suprema Corte de Justicia, autos caratulados “Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela. Denuncia. Excepción De Inconstitucionalidad Arts. 1, 3 Y 4 de la Ley Nº 15.848”, Ficha 97-397/2004, Sentencia 365/09 de 19 de octubre de 2009, III.8).

201 - En este párrafo la Corte acude al artículo 72 de la Constitución³⁰² como una *sorte* de *bloque constitucional* para integrar el derecho internacional de los derechos humanos a su Carta política. La sentencia también hace referencia al artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* y al *pacta sunt servanda* según el cual los Estados deben ejecutar de buena fe los tratados y las obligaciones internacionales que han contraído y que no pueden invocar las disposiciones de derecho interno como para justificar un incumplimiento a un tratado.

202 - En relación con lo anterior, la Corte recuerda que al momento de ser adoptada la Ley de Caducidad, el Estado había ratificado varios tratados de Derechos Humanos como el El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la CADH, o la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

203 - La Corte agrega más adelante: *“se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado”*.

204 - La Corte también menciona la jurisprudencia internacional que se pronuncia en contra de la ley de amnistía: *“[a]simismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993”*.

205 - Por último, se refiere también al estándar la Corte IDH que prohíbe la amnistía a los autores de graves violaciones a los derechos humanos en *Barrios Altos*, *Almonacid* y *La Cantuta*; y a las conclusiones del caso Simón en Argentina.

VIII. Sobre la relación entre derechos humanos y democracia, y sus implicaciones para el Caso Gelman.

206 - Hasta el momento, la Corte IDH siempre se ha pronunciado sobre la inconventionalidad de las leyes de amnistía que son consideradas *autoamnistías* (en los casos Chile³⁰³ y Perú³⁰⁴). El otro caso que abarca leyes de amnistía y que se encuentra en trámite para sentencia de fondo se refiere a la *autoamnistía* brasilera de 1979.

³⁰² Véase Artículo 72.- *La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.*

³⁰³ Véase caso Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr.. 120

³⁰⁴ Véase Casos Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75 párr.. 42, 43 y 44 y Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 174.

207 - Como ya se ha mencionado, la Ley de Caducidad de las Pretensiones Punitivas del Estado se diferencia en varios aspectos de las otras leyes de amnistía que se aplicaron en el continente. i) En primer lugar, la ley 15.848 fue aprobada por un poder legislativo designado democráticamente ii) En segundo lugar, la ley fue sometida en dos oportunidades a un referéndum revocatorio sin que se logre la cantidad de votos necesarios para su anulación. Por lo tanto, la Ley de Caducidad uruguaya no es una *autoamnistía*, que además goza de una *legitimidad popular* como ninguna otra ley de amnistía en la historia (en la medida que fue sometida en dos oportunidades a mecanismos de democracia directa).

208 - En mérito a lo anterior, se sostiene aquí que la Corte se enfrenta a un problema jurídico particular, que no se encontraba presente en los casos que tuvo que resolver en cuanto a las *autoamnistías* en Chile, Perú (y próximamente en Brasil) – sin mengua de que el estándar sobre amnistías que la Corte ha elaborado es aplicable en el presente caso.

209 - En concreto, los que suscribimos este documento creemos que la Corte debe analizar la tensión existente entre lo que se decide por vía electoral por un lado, y el respeto y la garantía a los derechos fundamentales a cargo de los Estados, por el otro. En otros términos, se trata de determinar en qué medida y porqué, una norma interna ratificada por referéndum que viola derechos consagrados en la CADH debe ser suprimida. Este punto adquiere una importancia mayor si también se toma en consideración que una de las principales defensas que el Estado uruguayo ha esgrimido ante las instancias internacionales cuando se trata de la Ley de Caducidad, es precisamente que la ley se encuentra investida de una legitimación popular.³⁰⁵

210 - En relación con lo anterior, se sostiene que en la actualidad, la democracia no debe ser entendida desde una dimensión meramente formal sino también sustancial.³⁰⁶ Es así que la *constitucionalización* de los derechos y en última instancia la *internacionalización* de los mismos incrusta una dimensión sustancial no sólo en el derecho sino en también en la democracia. Así, la existencia de derechos no es un elemento antitético de la democracia sino, sobre todo, su necesario complemento sustancial.

211 - Los derechos fundamentales, y en especial aquellos consagrados en tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentran fuera de la esfera *de lo decidible*, ya que ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la

³⁰⁵ Véase entre otros Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena (Caso 12.607) contra la República Oriental del Uruguay, 21 de enero de 2010, párrafo 36, Véase Comisión IDH, Hugo Leonardo de los Santos Mendoza y otros v. Uruguay, Cases 10.029 et. al. Inter-Am. C.H.R. 154, OEA/ser. L/V/II.83, doc. 14 corr. 1 (1992) (Informe Anual 1992-1993), párrafo 31, párrafo 22, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos Informe sobre el cuadragésimo cuarto período de sesiones Suplemento No. 40 (A/44/40), 29 de septiembre de 1989, párrafo 273, Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos Rodríguez v. Uruguay (322/1988), ICCPR, A/49/40 vol. II (19 July 1994) 5 (CCPR/C/51/D/322/1988), párrafo 8.2.

³⁰⁶ El aspecto “formal” de los regímenes democráticos ha sido caracterizado por los llamados “universales de procedimiento”, con el empleo de los cuales se puede tomar decisiones de diferente contenido, por lo regular de carácter eminentemente político. Mientras que el contenido “sustancial” de los regímenes democráticos se refiere predominantemente a ciertos contenidos a su vez inspirados en ideales característicos de la tradición de pensamiento democrático, *in primis* el igualitarismo. Véase, Bobbio, Norberto, “Democracia” en Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; otros. *Diccionario de Política*. Siglo XXI Editores. 12ª.ed. México, 2000, pp. 441-442.

violación de un derecho de este rango. Así, los derechos se configuran como un vínculo sustancial impuesto a la democracia política en dos vertientes: la primera referida a vínculos negativos, en que ninguna mayoría puede violar o coartar, y la segunda en cuanto dispone vínculos positivos, en relación con los derechos que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer ciertos derechos básicos.³⁰⁷

212 - En ese mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en la fundamentación de las sentencias que declaran la ley de Caducidad inconstitucional³⁰⁸, ha expresado en cuanto a la relación entre democracia y derechos humanos que: *“Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, **vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella**”*. [Resaltados fuera del texto]

213 - En ese mismo sentido, la Suprema Corte siempre siguiendo a Ferrajoli señala que *“**Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae** a la política, es decir, a los poderes **de la mayoría**, (...) como derecho inviolable, indisponible, e inalienable. **Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción**”*. [Resaltados fuera del texto]

214 - Más adelante agrega: *“**la jurisdicción se configura como un límite de la democracia política**. En la democracia constitucional o sustancial, **esa esfera de lo no decidible** —que implica determinar qué cosa es lícito decidir o no decidir— **no es sino lo que en las Constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la decisión de la mayoría**. Y **el límite de la decisión de la mayoría** reside, esencialmente, en dos cosas: **la tutela de los derechos fundamentales** (...) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”*. [Resaltados fuera del texto]

215 - El Informe Proyecto de Ley de interpretación de la Ley de Caducidad presentado el ante la Cámara de Representantes³⁰⁹ señala lo siguiente sobre este punto: *“Se ha argumentado que el hecho de que la ley 15 848 haya sido objeto de consultas populares debería inhibir el pronunciamiento del legislador. Se ha demostrado que esos pronunciamientos populares, tanto del referéndum como del plebiscito, no inhiben jurídicamente al Poder Legislativo, aunque constituyan un pronunciamiento político a valorar”*. El texto agrega: *“Cabría preguntarnos si se aprobase una ley claramente inconstitucional que eliminara los derechos políticos de un sector de la población, la implantación de la esclavitud, la supresión de derechos por razones de sexo, modificando las garantías del sufragio, estableciendo la pena de muerte y a estas atrocidades legales, se la sometiera a plebiscito y este no fuese derogatorio, se aceptaría dócilmente el resultado de esos plebiscitos. La respuesta es obvia, nadie lo toleraría y todos conjugaríamos fuerzas para restablecer el imperio del [derecho]”*.

216 - De forma paralela, en el caso Simón, la Corte Suprema de Justicia de Argentina tuvo que lidiar problemáticas parecidas. Así mencionó que “frente al grave conflicto de intereses que la sociedad

³⁰⁷ Sobre este tema se ha rescatado mayormente las reflexiones de Luigi Ferrajoli en: Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 23-28.

³⁰⁸ Véase Suprema Corte de Justicia, autos caratulados “Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela, Op Cit, y autos caratulados: Organización de los Derechos Humanos – Denuncia – Excepción de Inconstitucionalidad – Arts. 1º, 3º, 4º De la Ley Nº 15.848 Op Cit. III.3)

³⁰⁹ Presentado por el Diputado F. Michelini el 20 de octubre de 2010.

argentina enfrentaba en [el momento de transición democrática], la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social.” Así, dice la Corte Suprema, “La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político”. Sin embargo, señala, “la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos [en la actualidad] ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.”³¹⁰

217 - En el caso en mención, la Corte Suprema consideró así acertado el razonamiento de la Comisión Interamericana en el caso *Consuelo Herrera v. Argentina*³¹¹ en donde se menciona que “la circunstancia de que los actos en cuestión hubiera sido dictados por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático (tal había sido la alegación del gobierno argentino) era prácticamente irrelevante”, esto para determinar el fondo del caso. a los fines de la determinación de la lesión de los derechos a que se refieren los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH.³¹²

218 - Por lo tanto, los derechos sobre los que se asientan las democracias del continente, y en especial los de aquellos países que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos están garantizadas a todos y a cada uno de una manera incondicionada, incluso contra las mayorías. Estos derechos incluso sirven para fundar y justificar la existencia de la independencia de los jueces para velar para que ellos se cumplan. Esto en el sistema interamericano ha sido traducido por esta la Corte IDH como el principio de control de la Convencionalidad:

*“los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.”*³¹³

219 - De esa forma, **independientemente de cuáles fueron las circunstancias particulares que llevaron a se adoptara** y ratificara determinada norma interna contraria a los derechos consagrados

³¹⁰ Simón, Julio Héctor y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación, s/ privación ilegítima de la libertad, et. al. S. 1767. XXXVIII (2005) (Arg.) pág. 118 y 119.

³¹¹ Comisión IDH. *Consuelo Herrera v. Argentina*, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, informe N° 28, del 2 de octubre de 1992.

³¹² Simón, Julio Héctor y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación, s/ privación ilegítima de la libertad, et. al. S. 1767. XXXVIII (2005) (Arg.) pág. 119.

³¹³ Véase Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

en la CADH, los Estados, a través de su Poder Judicial, deben ejercer control de convencionalidad³¹⁴ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos velando por que las disposiciones de la Convención no se vean anuladas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

220 - En ese sentido, cabe recordar que es jurisprudencia constante de la Corte IDH que *“las condiciones en las cuales se encuentra un país, no importa cuán difíciles sean éstas, no son causas de justificación para que los Estados Parte en la Convención Americana estén liberados de cumplir con las obligaciones consagradas en ella”*³¹⁵. Esto último puede ser interpretado en el sentido del párrafo anterior, es decir, no es relevante la forma, los motivos o las condiciones en las cuales una norma ha sido adoptada a nivel interno, si la misma vuelve nugatorios los derechos consagrados en la Convención, los Estados deben velar por el cumplimiento de las disposiciones de esta última. En concordancia con lo anterior, en el caso Almonacid la Corte expresó: *“Por otro lado, si bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, “es indiferente para estos efectos”*³¹⁶.

221 - En las sentencias previamente aludidas de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay³¹⁷ se llegó a reconocer que a partir del principio de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que establece que ningún Estado parte podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, el Estado uruguayo se encuentra obligado a no dar efecto a sus leyes de amnistía. En su sentencia, la Corte concluyó que el deber de cumplir con lo dispuesto por los tratados y estándares internacionales se deriva del hecho de que a los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional se han ido incorporando otros por medio de la ratificación de diversos tratados de derechos humanos, los cuales vinculan al Estado uruguayo. El cumplimiento de esta normatividad, a su vez, se deriva del principio *pacta sunt servada*.

222 - En cuanto a la Comisión IDH, en esa misma línea, en su informe 29/92 señaló que: *“Con respecto a la legitimidad interna y la “aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular”, cabe observarse que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad*

³¹⁴ Véase Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124: *“el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*.

³¹⁵ Véase Corte IDH Neptune, párrafo 40, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 207; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, supra nota 47, párr. 96, y Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 89. Actualizar

³¹⁶ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 120.

³¹⁷ Véase Suprema Corte de Justicia, autos caratulados “Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela, Op Cit, y autos caratulados: Organización de los Derechos Humanos – Denuncia – Excepción de Inconstitucionalidad – Arts. 1º, 3º, 4º De la Ley Nº 15.848 Op Cit. III.3)

*internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana*³¹⁸.

IX. Sobre la necesidad de implementar medidas de reparación que contemplan la supresión de la ley de caducidad.

223 - Sin perjuicio de las reparaciones que hayan solicitado los representantes para las víctimas del caso y las que la Corte decida justamente otorgar, un aspecto importante que este Tribunal deberá considerar en su sentencia será el tipo de reparación que ordene con el fin de dejar sin efectos la Ley 15.848.

224 - En cuanto al contenido de la obligación contenida en el artículo 2 de la CADH respecto a la obligación de adecuar el derecho interno y llevar a cabo la adopción de medidas para lograr hacer efectivos los derechos, la Corte ha establecido que dicha adecuación impone el deber de *“adoptar medidas en dos vertientes: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*³¹⁹. El Tribunal agregó que *“la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma*³²⁰.

225 - Por otro lado, la Corte IDH en el caso Almonacid ha ordenado al Estado chileno que este debía asegurarse que la ley de amnistía *“no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares [a la del señor Almonacid acontecidas en Chile]*³²¹.

226 - Este precedente, en caso de aplicarse estrictamente, puede presentar alguna dificultad en relación a la ley de caducidad de las pretensiones punitivas del Estado.

227 - Como ya fuera señalado, el artículo 3 de la ley 15.848, de forma poco usual, dispone lo siguiente:

“A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, **requerirá al Poder Ejecutivo que informe**, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, **si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º de la presente ley.**

³¹⁸ Véase Comisión IDH, Hugo Leonardo de los Santos Mendoza y otros v. Uruguay, Cases 10.029 et. al. Inter-Am. C.H.R. 154, OEA/ser. L/V/II.83, doc. 14 corr. 1 (1992) (Informe Anual 1992-1993), párrafo 31.

³¹⁹ Véase Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 118,

³²⁰ Véase Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 118, Caso Raxcacó Reyes. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133. párr. 87; y Caso Caesar. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 91 y 93.

³²¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, punto resolutive 5.

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria. [Resaltados fuera del texto]

228 - De acuerdo al contenido de ese artículo, declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia en dos oportunidades por considerar que conculca la separación de poderes³²², el Poder Ejecutivo tiene la potestad de interpretar caso a caso si los mismos se encuentran incluidos en las disposiciones de la ley. Haciendo uso de esa potestad, el Poder Ejecutivo, a lo largo de este último lustro, consiguió a través de un número importante de decretos de no inclusión³²³, que los procesos a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos siguieran adelante. En varios de los casos se ha llegado a sentencias de condena a militares³²⁴.

229 - En suma, la existencia de la ley 15.848 no ha impedido que se llevaran a cabo esos procedimientos, así como otros que están siendo cursados en estos momentos y que se encuentran en otras etapas procesales³²⁵. Por lo tanto, si se ordena tomar las medidas necesarias para que la ley no represente un obstáculo para las investigaciones, eso no implica que el Estado de Uruguay deba derogar, anular o dejar sin efectos la ley.

230 - De esta forma, la Ley de Caducidad de Uruguay, debido a este elemento que incluye la participación del Poder Ejecutivo con el fin de que tome una decisión materialmente judicial con amplios márgenes de discrecionalidad, difícilmente podría cumplir con los requisitos exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos para una ley de amnistía, ya que esta situación compromete seriamente el acceso a la justicia y representa una violación a lo dispuesto por los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana.

231 - En mérito a lo anterior, si la Corte dispone que el Estado debe asegurarse de que la Ley de Caducidad *no signifique un obstáculo para la persecución penal a los autores de los crímenes de lesa humanidad* similares a los del caso llevado a conocimiento de la Corte, esa medida resultaría insuficiente, pues no asegura que la ley vaya a ser suprimida del orden jurídico interno.

³²² Véase Suprema Corte de Justicia, autos caratulados "Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela, Op Cit, y autos caratulados: Organización de los Derechos Humanos – Denuncia – Excepción de Inconstitucionalidad – Arts. 1º, 3º, 4º De la Ley Nº 15.848 Op Cit. III.5)

³²³ Véase por ejemplo Resolución 356 del 31/10/05 (MDN); Resolución 358 del 31/10/05 (MDN); Resolución 430 del 12/12/05 (MDN); Resolución 627 del 24/05/06 (MDN); Resolución 748 de 02/08/2006, Resolución 672 de 27/06/2006, Resolución 674 de 27/06/2006, Resolución 748 del 02/08/06 (MDN); Resolución 1230 del 16/04/07 (MDN); Resolución 1261 del 14/05/07 (MDN); Resolución 1290 del 11/06/07 (MDN); Resolución 1291 de 11/06/2007, Resolución 1454 del 10/09/07, (MDN); Resolución 1577 del 12/11/07 (MDN); Resolución 1727 del 18/02/08 (MDN), Resolución 2738 de 13/04/2009, Resolución 3017 de 24/08/2009, Resolución 3139 de 19/10/2009 y Resolución 3175 de 26/10/2009

³²⁴ Véase por ejemplo las sentencias de segunda instancias en los casos Alvarez Armellino, Gregorio Conrado. Treinta y siete delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real. LARCEBEAU AGUIRREGARAY, JUAN CARLOS. Veintinueve delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real, 26/08/2010, Tribunal de Apelaciones TAP 2º Turno, Sentencia Nº 263 Ficha IUE-2- 20415/2007, Silveira Quesada, Jorge Alberto.- Ramas Pereira, Ernesto Avelino.- Medina Blanco, Ricardo Jose.- Vazquez Bisio, Gilberto Valentin.- Maurense, Luis Alfredo.- Sande Lima, Jose Felipe.- Un Delito De Privacion De Libertad, 01/07/2010, Tribunal de Apelaciones TAP 2º Turno Ficha 2-43332/2005, Gavazzo Pereira, Jose Nino. Arab Fernandez, Jose Ricardo- un delito de privacion de libertad, 04/02/2010, Tribunal de Apelaciones TAP 2º Turno Ficha 97-397/2004.

³²⁵ Véase entre otros autos Carlos Calcagno, "coautoría de dos delitos de desaparición forzada", 21/09/2010, Juzgado penal de 7º turno o Actuaciones presumariales seguidas a los indagados Sr. J N G y Sr. J C, Paso de los Toros Juzgado Letrado.

232 - En atención a lo expresado, y atendiendo sus propias consideraciones en cuanto al contenido de la obligación contenida en el artículo 2 de la CADH respecto a la obligación de adecuar el derecho interno y llevar a cabo la adopción de medidas para lograr hacer efectivos los derechos, se le pide a la Corte que le ordene al Estado *suprimir* de su orden jurídico interno la ley 15.848 ya que esta sería la única forma en que i) la misma no significaría un obstáculo para las investigaciones de los autores de los crímenes de lesa humanidad ocurridos durante el período de “*actuación ilegítima del Estado (...) comprendido entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985*”³²⁶, y en que ii) no constituiría más, por su mera existencia, un agravio para las víctimas de esas violaciones.

X. Conclusión

Considerando todo lo anteriormente expuesto respecto al *corpus juris* internacional en materia de leyes de amnistía, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

233 - En primer lugar, existe un amplio cuerpo normativo y jurisprudencial que permite afirmar la existencia de un *corpus juris internacional* en el sentido de establecer una prohibición absoluta de amnistiar o de aplicar medidas de similar naturaleza, a los autores de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crímenes o crímenes de genocidio.

234 - En segundo lugar, cuando nos referimos a los instrumentos y a los órganos de protección del derecho internacional de los derechos humanos, esa prohibición es más amplia y abarca la categoría de graves violaciones a los derechos humanos.

235 - En tercer lugar, se sostiene aquí que ese *corpus juris internacional* debe ser aplicado para el caso de la ley de Caducidad en Uruguay. En esta afirmación concuerda la propia Corte Suprema de Justicia de ese país que lo ha establecido en dos oportunidades.

236 - En cuarto lugar, es menester señalar que a la luz de ese *corpus juris internacional* en materia de leyes de amnistías, la Ley de Caducidad Uruguaya es a todas luces incompatible con disposiciones como las previstas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

237 - En quinto lugar, es importante hacer notar que la Corte tiene en el caso Gelman, la oportunidad de consolidar y perfeccionar su jurisprudencia en materia de límites a las leyes de amnistía, esto debido no sólo a las experiencias adquiridas en la supervisión de cumplimiento de las sentencias de los casos Barrios Altos, La Cantuta y Almonacid, sino también al surgimiento de nuevos documentos que han desarrollado y aplicado los criterios surgidos en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

238 - En sexto lugar, la Corte no puede pasar por alto el incipiente desarrollo en el *corpus juris* internacional en materia de leyes de amnistía que se está originando en Cortes y Tribunales nacionales.

³²⁶ Véase ley 18.596 de 18 de setiembre de 2009. *Repárense integralmente a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el período comprendido entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985.*

239 - En séptimo lugar, el hecho de que la Ley de Caducidad de Uruguay haya sido aprobada por la mayoría de los electores después de haber sido sometida a un referéndum y un plebiscito obliga a que la Corte analice la relación y tensiones entre los derechos humanos y democracia en el contexto uruguayo. En este sentido, el mismo *corpus juris* internacional en esta materia es sin duda inequívoco en considerar que la facultad de investigar crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a derechos humanos se encuentran fuera de la esfera *de lo decidible*, ya que ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de este rango.

240 - Finalmente, y en atención a lo expresado, y atendiendo sus propias consideraciones en cuanto al contenido de la obligación contenida en el artículo 2 de la CADH respecto a la obligación de adecuar el derecho interno y llevar a cabo la adopción de medidas para lograr hacer efectivos los derechos, es recomendable que la Corte Interamericana en el marco del caso Gelman ordene al Estado uruguayo *suprimir in toto* de su orden jurídico interno la Ley de Caducidad 15.848 para que esta no sea en el presente, ni pueda ser en el futuro “un obstáculo para las investigaciones de los autores de los crímenes de lesa humanidad”.

Carolina Villadiego Burbano

Carlos María Pelayo Moller

Jorge Errandonea