



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

**EL SUJETO ACTIVO EN LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS:
ANÁLISIS DE LOS LÍMITES EN LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR
LA PARTICIPACIÓN DE AGENTES NO ESTATALES**

Memoria de prueba para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

TAMMY ROSINZKI WAISSBLUTH
MAGDALENA COX LARRAÍN

Profesor guía: Edmundo Vargas Carreño

Santiago, 2021

Índice

INTRODUCCIÓN.....	4
I. MARCO REGULATORIO INTERNACIONAL DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.....	9
1. El origen del fenómeno de la desaparición forzada de personas.....	9
2. El fenómeno de la desaparición forzada de personas en Latinoamérica.	13
3. Marco regulatorio de la desaparición forzada de personas en el ámbito internacional... ..	19
3.1. La construcción de una línea jurisprudencial sobre la desaparición forzada: los llamados “Casos Hondureños”	19
3.2. El primer reconocimiento de la práctica: La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas	20
3.3. Un instrumento internacional para América: La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	22
3.4. La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas	23
3.5. La desaparición forzada como delito internacional: su reconocimiento en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	24
4. Análisis general del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (“SIDH”) y del Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos (“SUDH”).....	25
II. MARCO TEÓRICO: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL A LOS ESTADOS.....	25
1. El hecho internacionalmente ilícito	25
2. La atribución de responsabilidad internacional	26
3. La atribución de responsabilidad del Estado por hechos de agentes no estatales	27
III. EL ESTADO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA.....	28
1. La presencia del Estado en los orígenes de la desaparición forzada	28
2. El Estado y los distintos elementos que componen la definición internacional de la desaparición forzada de personas	29
2.1. El involucramiento del Estado en la conducta que configura la desaparición forzada	30

2.2. La sustracción de la ley e impunidad del Estado en los elementos de la definición internacional de la desaparición forzada	44
3. La desaparición forzada analizada como “delito especial”	46
4. Reglas de atribución de responsabilidad por actos de desaparición forzada cometidos agentes estatales.....	50
5. Conclusiones respecto a los elementos de la definición y la atribución de responsabilidad	52
IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDOS POR AGENTES NO ESTATALES QUE ACTÚAN CON VÍNCULO AL ESTADO	53
1. ¿Qué se entiende por “agentes no estatales”?.....	53
2. El fenómeno de la desaparición forzada en la actualidad: el surgimiento de nuevos actores	58
3. La discusión en torno a los agentes no estatales y la propuesta de “desestatización” de la desaparición forzada.....	62
4. Los criterios de atribución de responsabilidad del Estado por conductas de agentes no estatales en la desaparición forzada: su uso y delimitación para determinar el sujeto activo	68
4.1. La obligación de respeto	70
4.2. Obligación de garantía	81
4.3. Regla del control en la atribución de responsabilidad del Estado por actos de agentes no estatales.....	87
V. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE AGENTES NO ESTATALES SIN VÍNCULO AL ESTADO POR DESAPARICIONES FORZADAS DE PERSONAS	89
VI. CONCLUSIONES DEL TRABAJO	93
BIBLIOGRAFÍA	97

INTRODUCCIÓN

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, (“Convención Interamericana” o la “CIDFP”) estipula en su Artículo II que *“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”*. En casi iguales términos lo hace la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (“Convención Internacional” o “CIPPDF”).

Existe sin embargo discrepancia en la doctrina especializada respecto de si considerar o no a los agentes no estatales como sujeto activo de la desaparición forzada de personas.¹ Sin perjuicio de que las distintas definiciones internacionales de dicha conducta, incluida la contenida en la Convención Interamericana, sí admiten la posibilidad de que agentes no estatales cometan desapariciones forzadas, todas ellas requieren cierto vínculo al Estado, esto es, que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia.² De esta forma la presencia o vinculación al Estado pasa a ser un elemento intrínseco en la definición de la desaparición forzada de personas en el ámbito internacional de los derechos humanos.³ Lo anterior, por cuanto en términos de los elementos que componen dicho ilícito internacional, que son, la privación de libertad y la denegación de información respecto de la suerte o paradero de la víctima, se requiere necesariamente el involucramiento de los órganos estatales.⁴

¹ SFERRAZA TAIBI, Pietro (2019), “La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N°1, p. 160.

² Tanto en la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (“DPPDF”), como en la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (“CIDFP” o la “Convención Interamericana”), el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (“ECPI” o “Estatuto de Roma”), como en la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, se entiende en general que el sujeto activo de la desaparición forzada son **agentes estatales (o gubernamentales), o personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado**. Solo de forma excepcional, en el caso del Estatuto de Roma, se contempla también la posibilidad de que “organizaciones políticas” sean el sujeto activo de la desaparición forzada.

³ GIORGOU, Irena (2013): “*State Involvement in the Perpetration of Enforced Disappearance and the Rome Statute*”, en: *Journal of International Criminal Justice*, (Vol. 11), p. 1006.

⁴ *Ibid.*

Sin perjuicio de lo anterior, la realidad actual, tal cómo se analizará en el presente trabajo, ha generado que la doctrina y la jurisprudencia analice -y se adentre a justificar bajo ciertos estándares- la posibilidad de que, por un lado, se responsabilice internacionalmente al Estado por actos de desaparición forzada por hechos cometidos por agentes no estatales sin vínculo alguno con el Estado o cuando este vínculo no queda lo suficientemente claro; y, por el otro, la posibilidad de reconocer a nivel internacional a estos grupos para efectos de poder responsabilizarlos por dichos actos.⁵

En otras palabras, hoy se discute el fenómeno de la “desestatación” de la desaparición forzada de personas.⁶ En efecto, a medida que el vínculo entre los agentes no estatales y el Estado se vuelve menos visible, la doctrina especializada y jurisprudencia como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana” o “CIDH”) ha buscado y aplicado estándares de atribución de responsabilidad basados en el concepto de la *debida diligencia* y en la normativa internacional,⁷ para efectos de responsabilizar a los Estados por conductas de agentes no estatales. Asimismo, nos preguntamos cuánto más puede dejarse a estándares desarrollados por la jurisprudencia la atribución de responsabilidad de actores que cometen violaciones a los derechos humanos.

Por otro lado, existen diversos autores que desde el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario,⁸ proponen el reconocimiento en el ámbito internacional de agentes no estatales sin vínculo al Estado, es decir, que se los considere efectivamente como sujetos de obligaciones internacionales. Lo anterior, se propone desde la existencia de fenómenos tales como la globalización, la privatización de los servicios públicos, la movilización de capitales e inversiones privadas y extranjeras, la expansión de los horizontes de instituciones multilaterales, la fragmentación de los Estados, la nueva naturaleza de conflictos y sus actores⁹, incluyendo también la debilitación de los Estados en el ejercicio de la autoridad

⁵ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p.161. y SFERRAZA TAIBI, Pietro (2020), “*Desapariciones forzadas por actores no estatales: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, en *Íconos Revista de Ciencias Sociales*, N° 67, Vol. XXIV, pp. 17-37.

⁶ SFERRAZA (2020), *op. cit.*, p. 18.

⁷ *Íbid.*

⁸ CLAPHAM, Andrew (2010) “Non-State Actors”, en Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta y Sivakumaran, Sandesh (editores), *International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 561-582.

⁹ ALSTON, Philip (2005): “*The ‘Non-a-Cat’ Syndrome: Can International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?*”, en ALSTON, Philip (editor), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford, Oxford University Press), p. 17 y siguientes.

pública y en el monopolio de la fuerza,¹⁰ así como la proliferación de conflictos armados contemporáneos y asimétricos,¹¹ en el entendido de que dichos fenómenos han permitido el protagonismo y fortalecimiento de agentes no estatales y, con ello, la posibilidad de que cometan violaciones a los derechos humanos.

La cuestión se complejiza cuando desde la CIDH y otras instancias internacionales se contempla la posibilidad de que el Estado se haga responsable aun cuando agentes no estatales sean los responsables de conductas que violan los derechos resguardados por dichos instrumentos internacionales. En estos casos, el Estado se hace responsable por omisión a un *deber de cuidado*, entendiendo que no cumple su obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que ha suscrito, es decir, según se analizará, el Estado es responsable por la *falta de diligencia* en la prevención de dichas violaciones.¹²

Frente a dichas discusiones de la doctrina especializada y criterios desarrollados por la CIDH, entre otras instancias internacionales, nos preguntamos hasta dónde es posible reinterpretar al sujeto activo en la desaparición forzada desde las definiciones contenidas en los distintos instrumentos internacionales, especialmente la Convención Interamericana, sin desnaturalizar la misma. Lo anterior, para efectos de que exista claridad respecto a la posibilidad de que puede ser llevada a cabo por: (1) a agentes no estatales cuya vinculación al Estado no es clara; y, (2) agentes no estatales sin vinculación alguna al Estado. En ambos casos con el propósito de responsabilizar al Estado o incluso a agentes no estatales por dichos actos.

A nuestro juicio, el problema debe abordarse desde dos afirmaciones que postulamos como nuestra tesis; en primer lugar, desde las actuales definiciones de la desaparición forzada, afirmamos que si no existe vínculo alguno entre el Estado y los agentes no estatales, se debe rechazar la posibilidad de que se responsabilice internacionalmente al primero por los actos de desapariciones forzadas que cometan los segundos, por cuanto el Estado debe estar necesariamente involucrado conforme a la definición contenida en la Convención Interamericana

¹⁰ BORZEL, Tanja A. y RISSE, Thomas (2013): “*Human Rights in Areas of Limited Statehood: the New Agenda*”, en A.A.V.V., *The Persistent Power of Human Rights: from Commitment to Compliance* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 65-84.

¹¹ CLAPHAM (2010), *op.cit.* pp. 564-566.

¹² MEDINA ARDILA, Felipe (2009): “*La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares; análisis jurisprudencial interamericano*” Ministerio de Relaciones Exteriores, Colombia, p. 94 y p. 99.

y los demás instrumentos internacionales. Lo anterior, sin perjuicio de que pueda existir responsabilidad del Estado por omisión a un deber de cuidado o diligencia. En segundo lugar, y en función de lo anterior, es preciso determinar el alcance interpretativo de lo que se entiende por *“personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”*, para efectos de no incluir en ella a agentes cuyo vínculo al Estado no puede comprobarse, analizando, para estos efectos, la suficiencia de los criterios y estándares desarrollados en doctrina y jurisprudencia para configurar la responsabilidad internacional del Estado por actos de desapariciones forzadas cometidos por dichas personas o grupos de personas, especialmente cuando el vínculo con los mismos es poco claro.

Aunque no será el objeto principal del presente trabajo, desde la premisa anterior consideramos que, bajo ciertos criterios, se debería configurar la responsabilidad internacional de estos grupos y no del Estado, por cuanto desde los elementos que componen la definición de la desaparición forzada en los distintos instrumentos internacionales, no es posible responsabilizar al Estado por hechos de agentes no estatales sin vínculo alguno al mismo. Hacemos presente, por lo tanto, que se hace necesario un instrumento internacional vinculante para efectos de reconocer que agentes no estatales bajo ciertas condiciones pueden considerarse como equivalentes a Estados en el ámbito internacional, con el objeto de que se les pueda atribuir responsabilidad internacional. En este sentido, consideramos que el Estado es un elemento intrínseco en la comprensión de la naturaleza de la desaparición forzada pero que, desde la realidad actual, debe incluirse a la concepción de “Estado” a las organizaciones que cumplen con ciertas similitudes al mismo.

Frente al llamado fenómeno de la “desestatización” o “privatización” de la desaparición forzada de personas, y desde la premisa de que el involucramiento del Estado es un requisito intrínseco para su configuración, tal como se infiere desde su definición en la Convención Interamericana o en la Convención Internacional, dicha “desestatización” o “privatización” podría llevar a diluir su misma naturaleza y generar inconsistencias a la hora de su interpretación y aplicación en el ámbito de la responsabilidad internacional.

Mirando a la realidad actual donde, efectivamente, la desaparición forzada está mutando y cobrando relevancia para efectos de utilizarse como figura que se haga cargo a nivel internacional de las desapariciones cometidas por agentes no estatales sin vinculación al Estado, vale

preguntarse sobre si ampliar su interpretación es la respuesta, o más bien se deben poner límites a su alcance para efectos de no terminar deformando el concepto de la desaparición forzada, buscando paralela y necesariamente otros mecanismos para prevenir y responsabilizar internacionalmente a agentes no estatales cuando cometen conductas asimilables.

Dicho de otra forma, pareciera que una interpretación que buscara ampliar los límites históricos y teológicos de la desaparición forzada para hacerse cargo de estas conductas no sería la solución a las mismas. Por el contrario, tal desarrollo de *lege ferenda* implicaría diluir el límite entre la desaparición forzada y otros crímenes privados y, al mismo tiempo, le quitaría el estigma que pesa sobre los Estados que se ven implicados en la desaparición forzada.¹³ Lo anterior, entre otros argumentos que se pretenden abordar en el presente trabajo.

Para efectos de comprobar la tesis que se propone, el presente trabajo se estructura de manera que el tratamiento de cada tema sea funcional al adecuado entendimiento de los temas venideros. Así, la primera parte estará orientada a describir el fenómeno de la desaparición forzada de personas y sus orígenes para luego pasar a referirse a su marco regulatorio en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la tercera parte del trabajo se pasará a revisar someramente el marco teórico que se requiere para la comprensión de la configuración de la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional, así como de los principales criterios jurídicos que se han desarrollado para atribuir responsabilidad al Estado por actos cometidos por agentes no estatales.

Con dicha base histórica, jurídica y teórica, se abordará el análisis de cada elemento de la definición de la desaparición forzada contenida en la Convención Interamericana para comprender a cabalidad su naturaleza y el rol intrínseco que juega el Estado en la configuración de dicho ilícito internacional.

En una quinta sección se analizarán, por una parte, las discusiones y las interpretaciones que en los trabajos preparatorios y en la doctrina especializada se han realizado respecto de los “agentes no estatales” en las distintas definiciones internacionales, para abordar a continuación algunos de los criterios que la jurisprudencia ha desarrollado para atribuir la responsabilidad al

¹³ GIOURGOU (2013), *op.cit.*, p. 1015.

Estado por actos cometidos por agentes no estatales con vínculo al mismo, para efectos de determinar el alcance de la interpretación que se puede dar a éstos.

Por último, y por cuanto se busca plantear la imposibilidad de la responsabilidad del Estado por actos cometidos por agentes no estatales sin vínculo al mismo, se propondrán algunas directrices para defender la teoría según la cual los agentes no estatales sí pueden ser responsables internacionalmente por actos de esta índole.

De esta forma, el trabajo que se presenta pretende por lo tanto aportar una reflexión seria y un razonamiento claro respecto de los límites de la definición de la desaparición forzada contenida en instrumentos internacionales tales como la Convención Interamericana y la Convención Internacional, así como de la suficiencia de las interpretaciones que distintas entidades internacionales han desarrollado, para efectos de determinar, en los tiempo actuales, cuándo procede la responsabilidad internacional de los Estados y cuándo, bajo ciertas condiciones, podría proceder la responsabilidad de los agentes no estatales ante la sociedad y las víctimas de esta práctica tan triste y de consecuencias tan devastadoras.

I. MARCO REGULATORIO INTERNACIONAL DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

1. El origen del fenómeno de la desaparición forzada de personas

“[...] la desaparición parece ser un método empleado para evitar la aplicación de las disposiciones legales establecidas en defensa de la libertad individual, de la integridad física, de la dignidad y de la vida misma del hombre”

Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos, 1976.

Sin perjuicio de que resulta complejo especificar el origen concreto del fenómeno de la desaparición forzada de personas como práctica “institucionalizada”, es posible identificar a lo largo de la historia casos aislados de detenciones secretas cuyo objeto inalterable ha sido sembrar terror en la población y debilitar a la oposición política o a algún movimiento político contrario

al grupo que ostenta el poder en un período determinado.¹⁴ Así, desde el siglo XVIII es posible constatar conductas que comparten elementos comunes con las prácticas de desaparición forzada que se desarrollaron durante el siglo XX, las que llevaron finalmente a la tipificación de ésta como delito común.

En Europa, encontramos los primeros indicios de esta práctica en la Francia absolutista del siglo XVIII. Existían en ese entonces las denominadas *lettres de cachet*, que eran órdenes impartidas por el rey que tenían por objeto privar de libertad, expulsar o desterrar a alguien sin que esa persona haya tenido un juicio previo. Estas cartas resultaron ser una herramienta eficaz para hacer desaparecer adversarios políticos, artistas o escritores que representaran una amenaza para el rey.¹⁵ De esta forma, la carta declaraba la responsabilidad penal de la persona e incluía una orden inmediata de su encarcelamiento, sin necesidad de llevar a cabo un juicio de por medio.

Con el paso del tiempo, las *lettres de cachet* pasaron a ser utilizadas por los ciudadanos y ya no sólo por el rey. Para estos efectos, se hacía una solicitud de detención acusando a cierta persona de alguna infracción, la cual iba destinada a la autoridad, quien finalmente decidía. Su uso desmedido llevó a su eliminación luego de la revolución en la década de 1790.¹⁶

Sin embargo, fue recién en el Siglo XX donde se presentaron los primeros antecedentes directos de la desaparición forzada tal como podríamos entenderla al día de hoy. Uno de estos antecedentes, lo encontramos en las detenciones practicadas por agentes de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (“URSS”) a políticos, aristócratas, intelectuales, comerciantes y, en general, a todos aquellos que fueran catalogados como “enemigos del pueblo”. Para llevar a cabo estas detenciones, se crearon campos de concentración y trabajo forzado llamados *Gulag* -acrónimo ruso de “*Glavnoye Upravleniye Ispravitel’no-trudovij Lagueréi*”, o Dirección General de Campos de Trabajo en español-, donde los detenidos eran obligados a vivir y trabajar en duras condiciones. Otros detenidos fueron llevados inmediatamente a los bosques, donde eran fusilados y enterrados en fosas comunes. Estas prácticas se extendieron entre 1930 y 1953,

¹⁴ LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio (2017), “*La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas*”, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid., p. 21.

¹⁵ *Ibid*, op. cit. p. 22.

¹⁶ LÓPEZ CÁRDENAS (2017), op. cit., p. 25.

calculándose que murieron entre 1.6 y 1.7 millones de personas sin que sus familias supieran de su paradero.¹⁷

Por cuanto estas detenciones estuvieron revestidas de un carácter de legitimidad, en tanto eran practicadas por agentes de la URSS, nunca se hizo responsable a quienes cometieron dichos actos. Como consecuencia, esta práctica se hizo conocida casi 20 años después de su inicio en dicha región, por los actos de la Alemania nazi del Tercer *Reich*, ya que todo el mundo tenía puesta la atención a la verdad que se descubría en los Juicios de Núremberg.

Es por esta razón, que los orígenes de la desaparición forzada se suelen asociar de forma equívoca al denominado Decreto “*Nacht und Nebel Erlass*” o Decreto de Noche y Niebla de Adolf Hitler, firmado el 7 de diciembre de 1941 durante la Segunda Guerra Mundial, y no a los actos cometidos en la URSS.¹⁸

Por su parte, el Decreto antes mencionado establecía que aquellas personas capturadas realizando actos ofensivos en contra del régimen, debían ser juzgadas de manera inmediata en una corte marcial, o bien, operar derechamente de tal manera que el acusado, fuera o no condenado, se lo trasladara de forma secreta a un campo de reclusión sin informar de su paradero. En la práctica, la autoridad actuaba con una discrecionalidad tal que podían privar de libertad al acusado o bien directamente ejecutarlo.¹⁹

La captura, juzgamiento y desaparición de personas, además de las deportaciones masivas, fueron una práctica ampliamente extendida por los territorios ocupados de la Alemania nazi. Durante los Juicios de Núremberg, se tomó conocimiento por las declaraciones del jefe de las Fuerzas Armadas del Alto Comando Supremo Wilhelm Keitel, que se publicaron regulaciones y cartas suplementarias al Decreto “*Nacht und Nebel Erlass*” que, en definitiva, planteaban que la eficacia del método para disuadir a opositores y posibles levantamientos de la población ocupada radicaba en la incerteza en que dejaban a la familia y los conocidos respecto del destino de los detenidos. De lo contrario -se afirma en una carta oficial del Jefe del Servicio de Seguridad de

¹⁷ *Ibid*, op. cit., pp. 27

¹⁸ AMBOS, Kai y BOHM, María Laura (2009), “*La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparado internacional y propuesta legislativa*”, en AMBOS, Kai y CORREA, Juliana (coordinadores) *Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional* (Bogotá, Temis), p. 199, nota de página n° 9.

¹⁹ LÓPEZ CÁRDENAS (2017), op. cit., p. 28.

1942-, el objetivo de disuasión se vería amenazado si los familiares fuesen notificados de la muerte del detenido. La ventaja de la práctica por sobre otras medidas represivas, radicaba en que las personas no se levantarían en contra de las políticas del régimen, por cuanto no sabían del destino de las personas que desaparecían.²⁰ De esta forma, la desaparición, acompañada de la incerteza sobre el paradero de la víctima, le dio finalmente el nombre al mencionado Decreto, pues los detenidos desaparecían en la noche y en la niebla.²¹

Los Juicios de Núremberg sirvieron, en definitiva, no solo para responsabilizar a algunos de los culpables detrás de las atroces prácticas llevadas a cabo durante el Tercer *Reich*, sino que también para comenzar a reconocer una práctica que violaba sistemáticamente los derechos humanos y, por lo mismo, requería de una sanción penal. Sin perjuicio de lo anterior, aún faltaron varios años hasta que se tipificara el delito de la desaparición forzada como tal en el Derecho Penal Internacional.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, se extendió un gran descontento social entre la clase trabajadora que propició el surgimiento de las ideologías de izquierda que exigían, en términos generales, igualdad social, la reivindicación de los derechos de los trabajadores, el reparto equitativo de la riqueza, mayor participación política, la promoción de los derechos sociales y, la nacionalización de empresas extranjeras, entre otras cosas.²² Dicha situación se reflejó también en las elecciones de mandatarios, de tal manera que, como repuesta, gobiernos militares apoyados por gran parte de las élites conservadoras de dichos países tomaron el poder a la fuerza e impusieron duros regímenes o dictaduras militares que buscaron rápidamente el control y la supresión de los movimientos políticos disidentes.²³

Ahora, sin perjuicio que se afirma que es difícil encontrar el origen de la práctica de la desaparición forzada propiamente tal, no hay duda que fueron los actos cometidos en Latinoamérica en la segunda mitad del Siglo XX los que llevaron a esta práctica a hacerse conocida y, que finalmente se abordara en el Derecho Internacional.

²⁰ VERMEULEN, Marthe Lot (2012): *Enforced Disappearance. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* (Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia.), pp. 5-17.

²¹ LÓPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit.*, p. 25.

²² *Íbid.*

²³ VERMEULEN (2012), *op. cit.*, p. 6.

2. El fenómeno de la desaparición forzada de personas en Latinoamérica

En Latinoamérica, la desaparición forzada de personas como método represivo y de lucha contra grupos subversivos fue una práctica generalizada que se extendió ampliamente durante las décadas de los años sesenta hasta los años noventa. En efecto, las dictaduras militares que se instauraron en Venezuela, Uruguay, República Dominicana, Perú, Paraguay, Panamá, Nicaragua, Honduras, Haití, Guatemala, Ecuador, El Salvador, Cuba, Colombia, Chile, Bolivia, Brasil y Argentina, utilizaron la desaparición forzada como una herramienta para mantener el orden y control del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, el comienzo de la práctica tuvo lugar en Guatemala en 1962 y, en las décadas siguientes, se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México. Se calcula que, la cifra de las personas detenidas desaparecidas víctimas de los regímenes militares de América Latina, asciende hoy a alrededor de 90.000.

Parte del fenómeno que se extendió durante segunda mitad del Siglo XX, se explica por el contexto político global de la época, en efecto, dicho período se vio marcado por una redefinición de la geopolítica mundial que se reflejó en las tensiones y enfrentamientos indirectos existentes entre Estados Unidos y la URSS, periodo que se conoce por lo demás como la “Guerra Fría”. Las disputas ideológicas entre ambas superpotencias -el comunismo que se extendía por Asia y Europa del Este; y, el capitalismo, que representaba Estados Unidos-, se tradujeron en una serie de iniciativas estratégicas que buscaron asegurar la influencia de una y otra sobre las distintas regiones del planeta.²⁴ En América Latina, para efectos de contrarrestar y detener el adoctrinamiento comunista en la región, Estados Unidos desarrolló, impulsó y promovió la ideología que marcaría las dictaduras y los gobiernos militares del último tercio del siglo: la llamada “Doctrina de la Seguridad Nacional”.²⁵

²⁴ INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR (IPPDH) (2015), *A 40 años del Cóndor: De las coordinaciones represivas a la construcción de políticas públicas regionales en derechos humanos*, COMECON Noviembre, 2005. [en línea: <http://www.raadh.mercosur.int/wp-content/uploads/2015/11/A-40-a%C3%B1os-del-C%C3%B3ndor.pdf>]. Cabe señalar que la estrategia estadounidense para imponer e impulsar la ideología capitalista se insertó en el llamado “Plan Marshall” (1947), el cual pretendía, entre otras cosas, recuperar económicamente a Europa occidental con la ayuda del Consejo para la Asistencia Económica Mutua.

²⁵ *Ibid., op. cit.*, p. 13. Dicha doctrina fue impulsada de forma importante en la llamada “Escuela de las Américas” (1946). Ligada al Departamento de Defensa de los Estados Unidos y con sede en Panamá hasta 1984, la Escuela

La denominada Doctrina de la Seguridad Nacional, se define como un conjunto de proposiciones de carácter ideológico, que se caracterizaba principalmente por promocionar aquellos actos y conductas que fuesen necesarios para preservar la seguridad interna, la estructura e ideología social y política de un estado, al prevenir las interferencias provenientes de posiciones antagónicas que rompían con el espíritu liberal y capitalista de Occidente.²⁶

Esta doctrina, justificaba por tanto las violaciones a los derechos humanos a la luz de la importancia que revestía mantener la unidad nacional y la primacía de los “intereses nacionales”. De esta forma, los “enemigos internos”, esto es, los movimientos que significaban una amenaza a esta seguridad interna y que se oponían a los regímenes militares fueron el blanco de las políticas basadas en tal doctrina.²⁷

De esta forma, los llamados “enemigos internos” y, por tanto, las víctimas de las prácticas de desaparición forzada fueron generalmente trabajadores, estudiantes, profesores, intelectuales y obreros contrarios al régimen. Tristemente, estas prácticas también solían involucrar y afectar a sus parejas o cónyuges, amigos, e incluso a sus hijos y familiares cercanos.²⁸ Al respecto, el ataque a las nuevas generaciones bajo esta doctrina se materializó, en algunos casos, en la captura de los hijos de los detenidos para efectos de ser dados en adopción a familias de militares o de la policía.²⁹

La gravedad y alcance de la práctica, se reflejó en el resquebrajamiento de las estructuras sociales y legales por cuanto éstas se vieron paralizadas al ser arrestados los abogados y defensores de los desaparecidos.³⁰ Sumándose a ello, las constantes amenazas e intimidaciones que recibían aquellos que se atrevían a hablar y denunciar las detenciones y desapariciones, produjo que la población afectada se viera impedida de actuar por miedo a ser detenida y

formó militares y policías latinoamericanos, convirtiéndolos en instrumentos decisivo, no solo para la difusión de la Doctrina de la Seguridad Nacional, si no para la posibilidad de una coordinación conjunta en los esfuerzos represivos dentro de los estados de la región.

²⁶ LÓPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit.*, p. 25 y varios autores.

²⁷ VERMEULEN, Marthe Lot (2012), *op. cit.*, p. 6.

²⁸ RONIGER, Luis & SZNAJDER, Mario, (1999) *The Legacy of human Rights Violations in the Southern Cone. Argentina, Chile, and Uruguay*. New York; Oxford University Press, citado en VERMEULEN (2012), *op. cit.*, p. 6.

²⁹ VERMEULEN, (2012), *op. cit.*, p. 6.

³⁰ *Íbid.*

asesinada, debiendo soportar con impotencia y resignación que las opciones eran restringidas, por cuanto era la misma autoridad la causa de dicho terror.

Eliminar a la oposición y mantener paralizadas las estructuras de defensa y protección facilitaban, por otro lado, un objetivo mayor por parte de los regímenes militares: el debilitamiento de las instituciones democráticas y la erradicación de los derechos y libertades democráticas³¹ en orden a mantener la política de seguridad nacional.

Quizás, uno de los mejores reflejos de la doctrina que impulsaba y justificaba los actos de las dictaduras militares la encontramos en la llamada “Operación Cóndor”. Dicha Operación, fue un mecanismo ideado en el marco de la Doctrina de la Seguridad Nacional que vinculó a Brasil, Argentina, Bolivia, Chile, Uruguay y Paraguay, en una operación sistemática, transnacional y conjunta, que incluía la persecución, captura y, en algunos casos, la tortura y posterior desaparición de aquellos ciudadanos que fueran opositores a los regímenes militares y dictatoriales del Cono Sur.³²

Se ha logrado establecer, que fue el general chileno Manuel Contreras Sepúlveda, jefe de la Dirección de Inteligencia Nacional (más bien conocida por sus siglas: “DINA”), quien concibió y organizó la operación que tuvo como tarea “[...] la recolección, el intercambio, y el almacenamiento de datos de inteligencia relacionados a los activistas de izquierda, los comunistas y los marxistas, con el fin de eliminar a los terroristas marxistas y sus acciones en la zona”.³³

Dicho plan, se fue concretando a partir de encuentros llevados a cabo desde la década de 1960, en las “Conferencias de los Estados Americanos”. En efecto, no es coincidencia que el acuerdo por el cual se formalizó el Plan Cóndor en 1975 se concretara exactamente un mes después de la onceava Conferencia.³⁴

³¹ RONIGER & SZNAJDER, (1999) en VERMEULEN (2012), *op. cit.*, p. 6.

³² LÓPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit.*, p 37.

³³ APSI: N° 285-296, 2 de enero a 20 de marzo de 1989. Disponible en Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-82014.html>. "Las Huellas del General Contreras". Santiago 30 de enero al 5 de febrero 1989, pp. 8-10 citado en CUYAS, Esteban (1996), “La "Operación Condor": El Terrorismo De Estado De Alcance Transnacional”, Revista *KO'AGA ROÑETA SE.VII* - <http://www.derechos.org/vii/1/cuyas.html>

³⁴ IPPDH (2015), *op. cit.*, p. 16

Fue así, como entre el 25 de noviembre y el 1 de diciembre de 1975, reunidos en Santiago de Chile e invitados por el general Manuel Contreras, se concretó el Plan Cóndor, cuya acta de clausura de la Primera Reunión Interamericana de Inteligencia Nacional, fue firmada con fecha 28 de noviembre de 1975 por representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Uruguay y Paraguay. Brasil se uniría al acuerdo en 1976.

Durante este periodo, entre las principales entidades que denunciaron las terribles prácticas que se estaban llevando a cabo, encontramos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la “Comisión”), la que desempeñó un importante rol en la época tanto para efectos de perseguir internacionalmente la responsabilidad de los Estados involucrados, comenzar a definir legalmente esta conducta, así como para detener su realización. En efecto, con la entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires en 1970, la Comisión constituyó un órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (la “OEA”), con lo cual, quedó facultada para conocer de cualquier violación realizada por un Estado miembro, en relación a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948, y desde ahí formular recomendaciones para hacer efectiva la protección de los derechos humanos en el hemisferio.³⁵

Para Latinoamérica, la desaparición forzada, por su alcance y extensión, constituyó el eje central para el desarrollo jurídico tanto de la Comisión como de la CIDH, lo que permitió precisar las obligaciones internacionales del *corpus juris* de protección de dicho delito, principalmente a través de la jurisprudencia de la CIDH, que interpretó y dio forma a las obligaciones del Estado relativas a investigación, sanción, reparación, búsqueda e identificación de personas desaparecidas.³⁶ En otras palabras, los esfuerzos realizados por la Comisión respecto de la desaparición forzada, sentaron de forma relevante las bases del actual sistema de protección internacional de los derechos humanos aplicable a la región.

Para la situación en Chile, ya en el Primer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos emitido por la Comisión en 1974, se manifestaba la preocupación por la situación de numerosas personas que habían desaparecido en ese año. Afirmando, que ello constituía “[...]”

³⁵ LÓPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit.* p. 98.

³⁶ *Íbid.*

uno de los factores que más inquietud y angustia producía a la familia chilena”,³⁷ inquietud que fue reiterada en los informes posteriores de la misma Comisión.

Por su parte, en el Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile del año 1978, la Comisión reconocía la imposibilidad de proporcionar una cifra exacta del número de víctimas en Chile, explicando que no todas las familias pudieron realizar gestiones para denunciar los casos. Sin perjuicio de ello, la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago, había llegado a dicha fecha a documentar 668 casos de detenciones seguidas de desaparición.³⁸

La extensión de la práctica a lo largo de Latinoamérica y su adopción en otros países llevó a la Comisión a plantearlo en reiteradas ocasiones a la OEA. En los informes presentados se afirmó por parte de la misma que “[...] son muchos los casos, en diferentes países en que el Gobierno niega sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos de prueba que aportan los denunciantes para comprobar su alegato de que tales personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, de que las mismas están o han sido recluidas en determinados sitios de detención. [...] la Comisión en reiteradas oportunidades ha indicado la necesidad de que se esclarezca la suerte de los detenidos desaparecidos y se informe a sus familiares acerca de la situación de esas personas [...]”.³⁹ Agregando que, “[...] la desaparición parece ser un método empleado para evitar la aplicación de las disposiciones legales establecidas en defensa de la libertad individual, de la integridad física, de la dignidad y de la vida misma del hombre”.⁴⁰

Asimismo, refiriéndose a las desapariciones en Argentina llevadas a cabo desde el golpe de Estado en 1976, las que sobrepasaron las 30.000 personas,⁴¹ y tras una visita *in loco* al país en el 1979, la Comisión afirmó que “[...] el origen del fenómeno de los desaparecidos, la forma

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, (1974) Documento OEA/SER.L/V/II.34, Doc 21, pp. 148-149.

³⁸ *Ibid*, p. 77.

³⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1978), *Informe Anual de la CIDH*, Documento OEA/Ser.L/V/II.47, p. 28, citado en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1985), *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, Documento OEA/SER.L/V/II.66 doc.17, p. 76.

⁴⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1976), *Informe Anual de la CIDH*, Documento OEA/Ser.L/VII.40, p. 16.

⁴¹ LÓPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit*, p. 104.

en que se produjeron las desapariciones y el impresionante número de víctimas alcanzadas están íntimamente ligados al proceso histórico vivido en Argentina” “[...] la violencia ejercida por los grupo terroristas encontró un similar y aún más enérgica respuesta por parte de los aparatos de seguridad del Estado que ocasionó graves abusos al intentarse suprimir la subversión prescindiendo de toda consideración moral y legal.”⁴² En efecto, según la Comisión pudo comprobar, se crearon estructuras especiales, de carácter celular con participación en distintos niveles de las Fuerzas Armadas, cuyos actos estaban dirigidos principalmente en contra de personas que real o potencialmente podían significar un peligro para la seguridad del Estado. Lo anterior, con el objeto de descentralizar la acción subversiva y eliminar así a los terroristas o a los sospechosos de serlo.⁴³

El informe destacó con preocupación que “[...] esta lucha desatada con el objeto de aniquilar totalmente a la subversión tuvo su más sensible, cruel e inhumana expresión en los miles de desaparecidos, hoy presumiblemente muertos, que ella originó”.⁴⁴

Entre las recomendaciones del informe, uno de los principales aportes fue la reconstrucción del *modus operandi* de las desapariciones: la aprehensión o secuestro, la averiguación de antecedentes de la víctima y la posterior desaparición.⁴⁵

Como se puede comprobar, a partir de la década del setenta surgió la preocupación en la comunidad internacional por abordar y tipificar práctica de la desaparición forzada de personas en instrumentos internacionales como una forma de concientizar a los Estados de la gravedad de la práctica, de impedir su desarrollo y de buscar la responsabilidad de los que la llevaban a cabo.

Por su reciente historia, el alcance que tuvo la desaparición forzada en Latinoamérica y, porque aún son muchas las personas que perdieron a sus seres queridos y buscan respuesta de su paradero o su destino, es que resulta relevante profundizar en los estudios de este ilícito internacional.

⁴² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1980), *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina*” Documento OEA/Ser.L/V/II.49, p. 145.

⁴³ *Íbid.*

⁴⁴ *Íbid.*

⁴⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, (1978), Cap. III.

3. Marco regulatorio de la desaparición forzada de personas en el ámbito internacional

3.1. La construcción de una línea jurisprudencial sobre la desaparición forzada: los llamados “Casos Hondureños”

Fue a comienzos de los años 90, que la Corte Interamericana falló los tres primeros casos relacionados a la desaparición forzada: *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz* y *Fairén Garbi y Solís Corrales*. Aquí, la Comisión eligió casos con el fin de probar un patrón sistemático y así lograr la primera condena al Estado en este ámbito.⁴⁶ En efecto, la CIDH comenzó a reconocer la responsabilidad del Estado desde estos primeros casos, los llamados *casos hondureños*.⁴⁷ Precisamente, la Comisión “eligió” a Honduras, que ya había reconocido la competencia internacional de la Corte Interamericana y había reportado entre los años 1981 y 1984, entre 100 y 150 personas desaparecidas.⁴⁸

De esta forma, los tres casos no solo sentaron una serie de normas de procedimiento, pero además establecieron una línea jurisprudencial sobre la desaparición forzada, cuestión que resultaría fundamental para la evolución del concepto y la posterior redacción de los instrumentos internacionales en la materia.⁴⁹

Entre los principales criterios desarrollados se establecieron:

- i. La responsabilidad del Estado y su deber de reparar: En efecto, para el caso *Velásquez Rodríguez*, basándose en el precedente *Chorzow Factory* (1928) de la Corte Penal Internacional, la CIDH estableció que la desaparición forzada, al constituir una infracción a una obligación del sistema interamericano y ser atribuible al Estado, éste tenía el deber de otorgar una adecuada reparación⁵⁰ y, aún más, dicha restitución debía ser íntegra de tal

⁴⁶ LÓPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit.*, p. 104.

⁴⁷ MEDINA ARDILA, Felipe, (2009), p. 102, Nota N° 23 haciendo referencia a los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, No. 7; *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6.

⁴⁸ MÉNDEZ, Juan y VIVANCO, José Miguel (1990); “*Disappearances and the Interamerican Court: Reflections on a litigations experience*”, *Hamline law review*, Vol. 13, p. 517, en LÓPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit.*, p. 110.

⁴⁹ LÓPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit.*, p. 110.

⁵⁰ *Ibid*, p. 111.

forma que comprendía también “[...] la reparación a los familiares de la víctima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron”.⁵¹

- ii. El deber del Estado de investigar la desaparición: Una vez desaparecida la persona, es el deber del Estado emplear todos los recursos para buscar al desaparecido y localizar su paradero. Para ello, debe garantizar los recursos adecuados, esto es, aquellos procedimientos judiciales o administrativos con capacidad para producir resultados.⁵²
- iii. La sistematicidad del fenómeno: Sin perjuicio que el caso Velásquez Rodríguez hace referencia a una sola desaparición, la CIDH reconoció que existían casos en que se llevaba a cabo de manera sistemática, y que, de establecerse un modus operandi e identificarse un patrón en la conducta, ello podía comprometer de manera más gravosa la responsabilidad internacional del Estado.⁵³
- iv. La complejidad de la desaparición como violación: La CIDH reconoció la multiplicidad de bienes jurídicos que se vulneran con la práctica de la desaparición forzada, por lo que, al vulnerar numerosos derechos de forma continuada, esta debía ser encarada de forma integral.⁵⁴

De esta forma, los famosos *casos hondureños*, cómo se pasará a revisar más adelante, establecieron las primeras líneas jurisprudenciales que resultarían fundamentales para determinar los elementos principales de práctica la desaparición forzada y su reconocimiento a nivel internacional. Por otro lado, y resulta interesante para efectos del presente trabajo, dichos casos determinaron la responsabilidad de los estados precisamente por actos de agentes no estatales, pero cómo se revisará, se requirió establecer alguna vinculación entre éstos y el Estado mismo para efectos de configurar su responsabilidad.

3.2. El primer reconocimiento de la práctica: La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

Fue así como, tras años de intentar dar visibilidad e intentar abordar la práctica de la desaparición forzada en el ámbito internacional de los derechos humanos para efectos de la

⁵¹ CIDH (1988), *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 26.

⁵² *Íbid*, párr. 37.

⁵³ *Íbid, op.cit.*, párr. 147.

⁵⁴ *Íbid, op.cit.*, párr. 149, 150 y 155.

redacción de instrumento internacional que la definiera y estableciera la responsabilidad de los Estados por la misma, finalmente, el 18 de diciembre de 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (la “DPPDF”).

La importancia de este instrumento fue fundamental: se trató del primer instrumento internacional dedicado exclusiva y específicamente a la desaparición forzada.⁵⁵ Aunque no proporciona una definición exacta de la práctica, la Declaración describe los elementos y las consecuencias de la misma. También plantea los derechos que son puestos en riesgo y eventualmente vulnerados como consecuencia de la desaparición forzada. La DPPDF igualmente invita y, en cierta medida obliga a los Estados a tomar medidas efectivas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole para prevenir y terminar con las desapariciones forzadas.

Asimismo, el artículo 4 de la Declaración estipula la obligación de tipificar el delito de desaparición forzada en el ordenamiento interno de cada Estado; igualmente, prohíbe que este tipo de crímenes sean ejecutados incluso en estado de guerra o de emergencia, estableciendo la ilegalidad de cualquier excluyente de responsabilidad basada en la obediencia debida. En su texto, la Declaración describe las medidas que los Estados deben tomar para prevenir estos actos, entre las que encontramos aquellas destinadas a proporcionar y proteger el debido proceso legal, normas ya consagradas en otras declaraciones y convenciones de las Naciones Unidas.⁵⁶

Una importante contribución es la contenida en el artículo 13 de esta Declaración, que enfatiza la importancia de que se encuentre disponible un recurso efectivo cuando esta violación sea cometida y que este crimen sea investigado por el Estado.⁵⁷

⁵⁵ SFERRAZA TAIBI, Pietro (2014), “*La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y atribución*”. Universidad Carlos III de Madrid, p.61.

⁵⁶ PELAYO MOLLER, Carlos María (2012), “*La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*”, Colección del Sistema universal de Protección de los Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México; p. 25.

⁵⁷ *Íbid. op. cit.*, p. 26.

Asimismo, la Declaración prohíbe “*privilegios, inmunidades y excepciones especiales*”. En efecto, el artículo 18 de dicho instrumento declara la invalidez de las llamadas “leyes de amnistía”, que son aquellas que impidan u obstaculicen la investigación de este crimen.⁵⁸

3.3. Un instrumento internacional para América: La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

Teniendo la DPPDF como antecedente, con fecha 9 de junio de 1994, en *Belém do Pará* (Brasil), la Organización de los Estados Americanos adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, la que entró en vigor el 28 de marzo de 1996 luego de alcanzar la segunda ratificación, tal como se establece en dicha Convención.

La Convención nace tras los períodos dictatoriales vividos en Iberoamérica, en los que, como se afirmó, la desaparición forzada de personas se convirtió rápidamente, desde la década de los sesenta, en una práctica sistemática y generalizada en la región, mas no había protección ante ésta. Legalmente, el único resguardo que existió fue el intento de moldear o interpretar la desaparición forzada de personas bajo alguno de los delitos ya tipificados en la legislación interna de cada Estado, como por ejemplo ocurrió con el secuestro.

Esta Convención, comienza planteando su preocupación por el hecho de que en ese momento subsiste la desaparición forzada de personas, agregando, que su práctica sistemática se considera un crimen de lesa humanidad por violar múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogables consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“DADDH”) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (“DUDH”). De este modo, se busca que: “[...] *esta Convención contribuya a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el hemisferio y constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho*”.

La definición de la desaparición forzada se encuentra en el Artículo II de la Convención, el que establece que:

⁵⁸ *Íbid.*

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

El Artículo III caracteriza por su parte a la desaparición forzada como delito de carácter continuado o permanente y establece la obligación para los Estados de tipificar la conducta en sus ordenamientos internos.:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona.”

3.4. La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

Con fecha 6 de febrero de 2007, se firmó en París, Francia, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

La CIPPDF en su artículo 2 señala:

“[...] se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de

libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.”

La definición misma de desaparición forzada tiene por objetivo definir la conducta en el tratado y además otorgar los elementos del tipo que deben ser incorporados a la legislación penal del Estado que ha ratificado la CIPPDF. Por ello, es posible afirmar que las disposiciones en torno a la descripción de lo que es una desaparición forzada poseen una trascendencia no solo a nivel del derecho internacional, sino que incluso una trascendencia transnacional que se traduce en la obligación de adecuar la normativa interna a nivel penal a lo dispuesto en el tratado, y, en consecuencia, el no hacerlo o el llevarlo a cabo de forma incorrecta acarrea como consecuencia incurrir en responsabilidad internacional.⁵⁹

3.5. La desaparición forzada como delito internacional: su reconocimiento en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El 17 de julio de 1988, en Roma, 160 países decidieron establecer una Corte Penal Internacional permanente para juzgar a los individuos responsables de los más graves delitos que afectan al mundo entero, entre ellos la desaparición forzada de personas.

Este Estatuto se enmarca por tanto dentro del ámbito del Derecho Penal Internacional. Uno aspecto interesante de su reconocimiento en este ámbito fue la calificación del hecho ilícito en cuestión como un crimen de lesa humanidad, tal como se señala en su Artículo 7. Asimismo, este artículo se encarga de establecer qué se entenderá por desaparición forzada, señalando en su numeral 2, letra i):

“Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.”

⁵⁹*Ibid.*

El hecho de que el Estatuto califique a la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad, hace necesario que se cumplan a su vez los requisitos establecidos para la calificación de un delito como tal, por lo que, si bien le agrega gravedad al hecho, restringe su ámbito de aplicación.

4. Análisis general del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (“SIDH”) y del Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos (“SUDH”)

El SIDH es el conjunto de normas sustantivas y procesales, organismos y mecanismos de denuncia que, en el marco de la Organización de Estados Americanos (“OEA”), cumplen la función de promover y proteger los derechos humanos universales en América. Este sistema está constituido, en principio, por dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El SUDH es el conjunto de normas sustantivas y procesales, así como de organismos con alcance internacional, pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”), cuyo fin es la promoción y la protección de los derechos humanos universales. Este sistema está integrado por el Sistema de Tratados y el Sistema de Órganos.

II. MARCO TEÓRICO: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL A LOS ESTADOS

1. El hecho internacionalmente ilícito

El hecho internacionalmente ilícito es una de las instituciones más relevantes en el paradigma de la responsabilidad internacional del Estado. Podemos describirlo como una acción u omisión imputable al Estado que viola una obligación internacional vigente.⁶⁰ Para su configuración se requiere la concurrencia de dos elementos: la ilicitud y la atribución o imputabilidad. La ilicitud, es la vulneración de una obligación internacional que está vigente al momento en que se produce el comportamiento que la vulnera. La determinación de la ilicitud

⁶⁰ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, artículo 2, ONU (2001)

se realiza en relación con el Derecho Internacional, es decir, se trata de un “*principio con dos caras* [porque] *un hecho sólo es ilegal cuando el Derecho internacional así lo decide; un Estado no puede alegar su Derecho interno como causa que justifique el incumplimiento del Derecho internacional*”.⁶¹ En cambio, la atribución es una operación jurídica que tiene por objeto determinar si el comportamiento activo u omisivo de una persona física o jurídica puede o no considerarse un acto del Estado.

2. La atribución de responsabilidad internacional

En términos generales, podríamos decir que la responsabilidad internacional del Estado es el conjunto de obligaciones que un Estado debe cumplir como consecuencia de una acción u omisión ilícita que le es imputable.⁶² De esta forma y tal como se señaló en el punto anterior, la atribución de esta responsabilidad busca determinar, mediante una operación jurídica, si cierto comportamiento realizado por alguna persona natural o jurídica puede o no considerarse un acto del Estado, y, en consecuencia, responsabilizar a este último por su comisión u omisión. De esta forma, se hace necesario acudir a ciertos estándares para verificar la atribución.

La regla general y básica la encontramos en el *principio de unidad del Estado*, según el cual toda acción u omisión de un órgano público cometida en calidad de tal es atribuible al Estado al que pertenece ese órgano⁶³; en consecuencia, no habría mayor dificultad en efectivamente atribuirle la comisión del hecho internacionalmente ilícito al Estado, sobre todo entendiendo que sus órganos ejecutan los hechos en el marco de su competencia. Sin embargo, el tema se dificulta cuando un órgano estatal, actuando en el ejercicio de sus funciones, extralimita su marco competencial o infringe las instrucciones impartidas, lo que se denomina actos *ultra vires*.⁶⁴

⁶¹ GUTIÉRREZ ESPADA/CERVELL HORTAL (2008) “El Derecho internacional en la Encrucujada.” Curso General de Derecho Internacional Público. 2a ed. Madrid: Trotta, 2008, pp. 516; PRIEHL, cit., art. 3, comentario no 1. La imposibilidad de invocar el Derecho interno como una justificante de la infracción se consagra también en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, A/CONF.39/27 (1969), 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

⁶² STERN (2010), STERN, Brigitte. (2010) “The elements of an internationally wrongful act”. En “The law of international responsibility”, editado por James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson, *Oxford: Oxford University Press*. p. 194, en SFERRAZA (2020), *op. cit.* pp. 19.

⁶³ SFERRAZA TAIBI, Pietro (2020), “Desapariciones forzadas por actores no estatales: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Íconos Revista de Ciencias Sociales*, N° 67, Vol. XXIV, pp. 19.

⁶⁴ SFERRAZA TAIBI, Pietro (2020), “Desapariciones forzadas por actores no estatales: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Íconos Revista de Ciencias Sociales*, N° 67, Vol. XXIV, SFERRAZZA, (2014), *op. cit.*, p. 402.

Frente a casos en que el hecho ilícito es materialmente cometido por un actor no estatal, se dificulta la atribución, haciéndose necesario acudir a otras reglas para determinar si dicho comportamiento le es o no atribuible al Estado.

3. La atribución de responsabilidad del Estado por hechos de agentes no estatales

Tal como se mencionó anteriormente, en el caso de hechos de agentes no estatales, la regla básica del principio de unidad de Estado no es suficiente, debiendo recurrir a otras reglas para determinar la atribución que le corresponderá al Estado.

Uno de los estándares que hay que tener en consideración es la *regla de atribución*, cuya finalidad radica en determinar si un comportamiento realizado por sujetos particulares puede ser atribuido a un Estado en vista del control ejercido por este sobre esos sujetos.⁶⁵ Podemos encontrar dos interpretaciones de este estándar en la práctica internacional. Por una parte, la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) hace necesaria la presencia de un *control efectivo*, esto es, un control sobre cada una de las operaciones específicas llevadas a cabo por un actor no estatal que impliquen una infracción a una determinada obligación internacional. En cambio, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (“TPIY”) señala que basta que el Estado coordine o ayude en la planificación general de las actividades del grupo no estatal, lo que se entiende como *control global o de conjunto*.⁶⁶

La *diligencia debida*, es otro estándar a tener en consideración que frecuentemente utilizan los tribunales internacionales. En vista de este criterio, para responsabilizar al Estado por hechos de agentes no estatales, es necesario que se cumpla copulativamente con dos requisitos: 1) que el Estado conozca un riesgo real e inminente de una infracción a un deber internacional; y, 2) que no adopte las medidas razonables para prevenir la concreción del riesgo.⁶⁷

Es sumamente importante entender estos estándares para ver si efectivamente resultan aplicables a casos de desapariciones forzadas y así también comprender la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, tal como se verá más adelante.

⁶⁵ SFERRAZZA (2020), op. cit., p. 425.

⁶⁶ SFERRAZZA (2020), op. cit., p. 427.

⁶⁷ *Íbid.*

III. EL ESTADO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

Es innegable que el involucramiento o participación del Estado es un elemento constitutivo de la práctica de la desaparición forzada de personas. Dicha afirmación no es controvertida en doctrina ni jurisprudencia, en efecto, las distintas posiciones que surgen se preguntan más bien, por un lado, cuál es el alcance y la naturaleza de ese “vínculo” del Estado, y, por el otro, si es posible ampliar el sujeto activo de la desaparición forzada, agregando también a agentes sin vínculo alguno al Estado. Tal como se abordará en el presente trabajo, la última discusión obliga a cuestionarse sobre la naturaleza misma de la desaparición forzada y su interpretación como tal desde los instrumentos internacionales que se revisarán.

Para abordar ambas problemáticas, y comprender a cabalidad las definiciones de la desaparición forzada en los distintos instrumentos internacionales, se hace necesario, en primer lugar, tomar en consideración los orígenes de la práctica y, en segundo lugar, analizar los principales elementos que la componen, contenidos en dichas definiciones. Dicho análisis se hace necesario para comprender la naturaleza del involucramiento del Estado como elemento esencial de la práctica, así como la exclusión, en principio, de los agentes no estatales como sujeto activo.

1. La presencia del Estado en los orígenes de la desaparición forzada

En sus orígenes en Iberoamérica, como ya se mencionó en el capítulo I de este trabajo, la práctica de la desaparición forzada de personas surge como un mecanismo de eliminación de oponentes políticos y, como una forma de aterrorizar a la población civil de tal forma de desincentivar la oposición al Estado. En el contexto de dictaduras latinoamericanas, donde la práctica fue ampliamente utilizada, las desapariciones fueron cometidas fundamentalmente por agentes estatales. Lo anterior entrega una pista clara sobre, no sólo la gravedad y la particularidad del delito, si no que sobre su natural vinculación al Estado.⁶⁸

Fueron dichas prácticas llevadas a cabo principalmente en América Latina, las que sirvieron de base y motivo para su incorporación en los diferentes instrumentos internacionales que surgieron para tratar el problema y dar remedio a las víctimas. Lo anterior se refleja

⁶⁸ GIORGOU, (2013) *op. cit* p. 1004.

claramente en las distintas definiciones del delito contenidas en los instrumentos internacionales ya revisados, donde se estipula que puede ser cometido por agentes gubernamentales, agentes del Estado o el Estado, o bien grupos organizados o particulares, o personas o grupo de personas que actúan con el apoyo directo o indirecto, la autorización o el asentimiento, o el apoyo o aquiescencia del Estado. Únicamente la definición del Estatuto de Roma se aleja de las definiciones tradicionales al incluir también a “organizaciones políticas” como posibles perpetradoras del crimen, lo que se pasará a revisar más adelante.

Por tanto, revisando las definiciones de la desaparición forzada de personas contenidas en dichos instrumentos, encontramos que en todas ellas se adopta la concepción de que, o bien son agentes actuando en representación del Estado, o son agentes alejados del Estado pero que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, quienes pueden realizar el comportamiento o la conducta susceptible de calificarse como “desaparición forzada”, conforme a estas definiciones.

2. El Estado y los distintos elementos que componen la definición internacional de la desaparición forzada de personas

Conforme a la Comisión de Derechos Humanos (“CDH”), la definición de la desaparición forzada debería contener al menos tres elementos: 1) la privación de libertad; 2) la denegación de información; y, 3) el sujeto activo. Se discute si la sustracción de la ley se trataría de un cuarto elemento conceptual o más bien una consecuencia de los otros elementos, inclinándose tanto la doctrina como la jurisprudencia por la segunda opción.⁶⁹

Para efectos comprender cuán esencial es el vínculo al Estado para la comprensión tradicional de la desaparición forzada de personas, resulta útil realizar un análisis de los primeros dos elementos que se contienen en la definición de la desaparición forzada; por cuanto el análisis del tercer elemento, este es, “el sujeto activo”, constituye el objeto mismo del trabajo. Asimismo, dejando fuera la discusión respecto a la sustracción de la ley, resulta también útil la realización de un análisis de la misma, en tanto elemento o como consecuencia de los otros elementos, para efectos de delimitar aún mejor el concepto de la desaparición forzada y el involucramiento del Estado como elemento intrínseco de la misma.

⁶⁹ SFERRAZA (2019), *op.cit* p. 136.

En vista de lo anterior, a continuación, se pasarán a revisar dichos aspectos de la definición y el rol que el Estado juega en los mismos.

2.1. El involucramiento del Estado en la conducta que configura la desaparición forzada

La desaparición forzada es un fenómeno complejo por cuanto su ejecución se lleva a cabo en distintas etapas que se desarrollan, por lo general, en un lapso considerable de tiempo y en el que suelen participar diferentes personas las que desempeñan diferentes roles.⁷⁰ Tal como se ha afirmado, la conducta típica de la desaparición forzada o el *actus reus*, se desarrolla en dos fases, la primera consiste en la detención o privación de libertad y, la segunda, en la negación o denegación de información sobre la situación de privación de libertad o el paradero o suerte de la víctima. Se requieren ambas para la configuración del delito; y, si bien existe discusión respecto de la especificidad o características de ambas conductas, o si la primera es más bien un presupuesto y no un elemento esencial del comportamiento típico (por cuanto necesariamente se requiere de la segunda conducta para configurarse), el presente trabajo no abordará el tema por su extensión y por escapar del objetivo del mismo. Ahora bien, las dos fases mencionadas, pueden o no involucrar al Estado, tal como se verá a continuación, pero pareciera que la segunda (y más importante para la configuración de la desaparición forzada) es una conducta que necesariamente lo involucra.

2.1.1. La privación de libertad

Con la privación de libertad se inicia la ejecución de la desaparición forzada.⁷¹ En cuanto a su forma, ésta puede ser realizada de cualquier manera, es decir, cualquier forma de privación de libertad satisface este primer requisito, sea legal, ilegal o arbitraria.⁷² En efecto, la privación

⁷⁰ *Íbid. op. cit* p. 136 Nota N° 15. SFERRAZA hace referencia en este sentido “Los Elementos de los Crímenes”, específicamente al elemento 3. N.23 y 27, el cual reconoce explícitamente dicha complejidad de la desaparición forzada.

⁷¹ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis (2009): “La Desaparición Forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos”, en AMBOS, Kai y CORREA, Juliana (coordinadores) *Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional* (Bogotá, Temis), p. 202

⁷² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y GÓNGORA MAAS, Juan Jesús, (2020) “La Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: estándares e impacto en grupos vulnerables” en “Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos Balance, Impacto y Desafíos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, p. 61

de libertad de la víctima puede ser iniciada por arresto, detención, prisión, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad.⁷³ Los instrumentos internacionales optaron por elaborar una lista no exhaustiva, mencionando dichos casos únicamente como ejemplos, pero agregando una expresión genérica que consagrare un *número apertus*.⁷⁴

En cuanto a la comprensión de dichas conductas, Ambos y Bohm consideran que las mismas deben ser interpretadas conforme al “*Cuerpo de Principio para la Protección de Todas las Personas bajo Cualquier Forma de Detención o Encarcelamiento*”,⁷⁵ contenido en la Resolución N°43/173 de 9 de diciembre de 1988 de la Asamblea General de la ONU. Según estos principios, por **arresto**, se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad; por **detención**, se entiende la condición de las personas presas, es decir, toda persona privada de libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito.

Por lo demás, la doctrina entiende que no se exige que las detenciones o arrestos sean ilegales *ab initio*, en efecto, pueden devenir en ilegales de forma posterior. Por ejemplo, en el momento que no se permite el ejercicio de derechos del detenido o se niega la información de su detención a un familiar. Aún más, tampoco se requiere que los autores de la privación de libertad de la persona sean los mismos que luego niegan la información sobre su paradero. Por todo lo anterior, parte de la doctrina considera que más que un acto constitutivo de la desaparición forzada, la privación de libertad en cualquiera de las formas que se presente, se trata más bien de una condición necesaria o un presupuesto para la misma y que ésta se configura cuando la información sobre el detenido es negada a la sociedad o los familiares, es decir, cuando se sustrae a la víctima del derecho.

Lo anterior cobra importancia para el presente trabajo por cuanto, en este entendido, la privación de libertad, como una de las conductas que configuran la desaparición forzada, puede no involucrar necesariamente al Estado. En este sentido, esta fase del delito pareciera no ser

⁷³ Para revisar como ejemplo alguna de las discusiones que se llevaron a cabo por los redactores respecto de las alternativas de redacción de privación de libertad en la desaparición forzada, revisar SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p. 137, que revisa las tres alternativas y sus críticas que fueron revisadas durante la negociación de la CIPPDF.

⁷⁴ SFERRAZA (2019), *op. cit.* p. 138.

⁷⁵ AMBOS Y BOHM (2009), *op. cit.* p. 232.

determinante para efectos de concluir si el Estado debe o no involucrarse en el delito como requisito esencial para su configuración.

Para efectos de esclarecer dicho problema, se hace necesario distinguir aquellas conductas que *pueden* llegar a configurar el delito de desaparición forzada, de aquellas conductas que configuran la desaparición forzada *per sé*, esto es, desde su inicio. Esto implica que la desaparición forzada no necesariamente es una conducta ilegal *ab initio*, en consecuencia, es fundamental la segunda conducta que se exige para su configuración: la denegación de información. De todas formas, en ambos casos, como se analizará a continuación, el involucramiento del Estado parece ser un elemento decisivo a la hora de concluir sobre la configuración de la práctica de la desaparición forzada de personas.

En principio, no es difícil distinguir estas conductas entre aquellas donde sólo hay un “germen” de delito, y aquellas que se encuentran un paso más allá de las mismas en la configuración del delito. En efecto, el caso de las detenciones o arrestos, estas deben ser siempre llevadas a cabo por agentes estatales,⁷⁶ mientras que en el caso del secuestro o cualquier otra forma de privación ilegal de libertad, estas no exigen ningún tipo de requisito para el autor, es decir, pueden ser cometidas por particulares. Por tanto, en el caso de las segundas, se hace necesario que se genere eventualmente el vínculo al Estado, en el sentido de que éste autorice, apoye o tolere la conducta que, junto a la denegación de información, configurarán la desaparición forzada en su sentido tradicional. Para ambos casos se requiere de todas formas la denegación de información, tal como se mencionó.

Sin embargo, la distinción en la práctica puede no ser tan clara. Por ejemplo, puede que agentes estatales, actuando fuera de sus funciones y por motivos personales lleven a cabo secuestros o que existan infiltraciones de un lado y al otro o casos de corrupción, en donde un agente estatal paga a particulares para llevar a cabo secuestros y coopera en ellos por motivos personales, entre otros casos que se pueden imaginar. Con todo, y sin perjuicio de que la línea en ciertos casos resulta difusa, como se verá en el Capítulo IV, se ha entendido que si no existe el vínculo con el Estado, esto es, una autorización, apoyo o aquiescencia por parte de éste, se está

⁷⁶ Sin perjuicio de las detenciones que realizan particulares. En estos casos, los particulares tienen el deber de poner al detenido inmediatamente en manos de la justicia.

entonces frente a otra figura como es efectivamente el secuestro o la privación ilegal de libertad.⁷⁷ Ésta ha sido la posición consistente de la “*Working group on Enforced or Involuntary Disappearances*” (“Grupo de Trabajo”) entidad que ha reafirmado la distinción, por ejemplo, entre crímenes cometidos por guerrillas u otros grupos que secuestran personas para pedir rescates u otras formas de extorsión, ya sea por razones políticas o no y, las desapariciones de personas en su sentido más tradicional. En estos casos, el Grupo de Trabajo ha decidido tratarlos como secuestros más que desapariciones propiamente tales.⁷⁸ Como se abordará, el problema surge cuando dicho vínculo con el Estado no parece quedar del todo claro.

Por otra parte, el secuestro, la abducción o la privación ilegal de libertad generalmente son delitos tipificados en los ordenamientos internos y su naturaleza como crimen o delito internacional desde el derecho o la costumbre penal internacional es incierta.⁷⁹ Asimismo, se suma al argumento que, en primer lugar, y como se mencionó anteriormente, el involucramiento del Estado es una característica intrínseca que distingue a la desaparición forzada de los mencionados delitos, y, en segundo lugar, así también lo son la negación a reconocer la privación de libertad o bien a dar información respecto de la situación del desaparecido conjuntamente con la sustracción del mismo de la protección de la ley; otros dos elementos que, por lo demás, también se suelen entender como privativos del Estado. En efecto, dichas conductas o características no se presentan ni se exigen de forma necesaria para la configuración del resto de los delitos mencionados, como sí lo hacen para la desaparición forzada. Una vez más, el vínculo al Estado es necesario para la configuración del delito.

En el mismo sentido, aunque cae fuera del objetivo del presente trabajo, el bien jurídico protegido en el caso del secuestro y la privación ilegal de libertad es, justamente, la libertad del individuo, mientras que para la desaparición forzada, aunque discutido, suele ser una multiplicidad de bienes protegidos, tales como la vida, la integridad psíquica y física, la libertad, el derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos o degradantes, o bien también la “personalidad jurídica del individuo”, abarcando con ello el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, o bien la detención del sujeto del sistema

⁷⁷ GIOURGOU (2013) *op cit*, p.1012.

⁷⁸ UNDOC/GEN/G93/858/18/PDF/G9385818, Punto 49.

⁷⁹ GIOURGOU (2013) *op cit*, p. 1013.

jurídico, lo que directamente afecta el bien jurídico de la administración de justicia.⁸⁰ Así lo ha reconocido la CIDH en casos como *Blake vs. Guatemala* al afirmar que la desaparición forzada “*constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención [Americana]*”.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay que confundirse en el sentido que, sin perjuicio de que se traten de diferentes delitos, tal como lo contempla la Convención Internacional y el Estatuto de Roma, el “secuestro”, o “cualquier forma de privación de libertad” puede ser una forma en que se configure eventualmente la desaparición forzada de personas si luego se suma la negativa de dar información respecto de la víctima.⁸¹ En este sentido, el secuestro cometido por un particular o grupo de personas que no tengan vínculo al Estado, puede ser una conducta que configure la desaparición forzada si, por ejemplo, de forma posterior se genere ese vínculo al Estado (que reciba eventualmente el apoyo, autorización o aquiescencia de éste), o si entrega al detenido a las autoridades o agentes estatales u otros agentes que tengan algún vínculo al Estado, y siempre que se niegue la información respecto de la situación jurídica del detenido a la sociedad o los familiares, y en ese sentido, también se le impida el ejercicio de sus derechos.⁸²

Sin perjuicio de que la privación de libertad puede no ser ilegal *ab initio*, cabe subrayar que se requiere necesariamente que dicha privación se torne ilegal, tomando relevancia en este caso cuándo surge la ilegalidad.

La CIDH ha recalcado esta posición en sentencias como *Blanco Romero vs Venezuela* y *Heliodoro Portugal vs Panamá*. En efecto, en ambos casos la CIDH afirmó que “[...] la fórmula contenida en la Convención Interamericana señala como elemento básico la privación de libertad, “cualquiera que fuere su forma”. Es decir, no resulta relevante la forma en que se hubiese producido: lícita o ilícita, violenta o pacífica, por ejemplo”, agregando que “[...] una

⁸⁰ AMBOS Y BOHM (2009), *op. cit.*, p 206.

⁸¹ En efecto, la Convención Internacional estipula que “*se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad*”. El estatuto de Roma establece por su parte que “*Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas [...]*”

⁸² Es interesante revisar la figura del secuestro en relación a la desaparición forzada por cuanto, en los orígenes de esta segunda práctica, dado que no existía una figura penal tipificada, para efectos de responsabilizar a los autores se recurría a la figura del secuestro. Revisar en este sentido los trabajos de Mañalich y el Caso Liquiñe analizado en Guzman D’Albora en Ambos y Bohm (2009), *op. cit.*, p. 204.

privación de libertad puede que sea legal en un principio, pero devenga ilegal al cabo de cierto tiempo o por determinadas circunstancias”.⁸³

Por otro lado, la distinción entre las figuras del secuestro o la privación ilegal de libertad y el delito de desaparición forzada como un delito diferente y autónomo parece ser clara al leer el artículo 3º de la Convención Internacional a *contrario sensu*. El artículo mencionado establece que “*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*”.

El origen del artículo se encuentra en las discusiones del Grupo de Trabajo respecto de la inclusión de agentes no estatales en la definición de desaparición forzada. Sin perjuicio de que se analizará en el capítulo IV, cabe mencionar que, al enfrentarse a la posibilidad de extender la responsabilidad a agentes no estatales, posición que defendían varias delegaciones a lo largo del trabajo, se decidió finalmente por su exclusión definitiva de la misma definición del delito. En este sentido, se argumentó por una parte que la Convención Internacional debía ‘*take account of the situation on the ground and of the fact that states were no longer the sole subjects of international law*’⁸⁴. De esta forma, el Artículo 3º pasa a resolver parcialmente el problema al hacerse cargo de la situación en que agentes no estatales puedan cometer actos como los que configuran la desaparición forzada, sin tener que incluirlos expresamente en la definición propiamente tal. En este caso, es el Estado el que soporta el deber de investigar y perseguir a dichos grupo o particulares que cometan actos “similares” a los que se describen en el Artículo 2º, pero en ningún caso deberá él mismo responder directamente, o incurrirá en responsabilidad por la perpetración de dichos actos.⁸⁵ De otra forma, sería redundante si la Convención

⁸³ Ver CIDH (2005), *Blanco Romero y otros v. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C N°138, párr. 105; y CIDH (2008), *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C N° 186, párrs. 192-193.

⁸⁴ Ver UN Commission on Human Rights, *Report of the Intersessional Open-Ended Working Group to Elaborate a Draft Legally Binding Normative Instrument for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, UN ESCOR, 61st sess, Agenda Item 11(b), UN Doc E/CN.4/2005/66 (10 March 2005) [25] (*‘Working Group Third and Fourth Sessions Report’*). UN Commission on Human Rights, Working Group Third and Fourth Sessions Report, above n 187, 30. En ANDERSON, Kirsten (2007), “*How effective is the ‘International Convention for the protection of all Persons from Enforced Disappearance’ likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearances?*” in Melbourne Journal of International Law (Vol. 7), Pie de Página N° 206.

⁸⁵ GIORGOU, (2013). *op. cit.*, nota 23

Internacional se refiera a su responsabilidad o en dichos actos como sujetos activos en dos artículos distintos.

Como resultado, los agentes no estatales únicamente podrán ser criminalmente responsables ante el derecho internacional por actos de desaparición forzada que revistan además el carácter de crímenes contra la humanidad conforme al Estatuto de Roma.⁸⁶

2.1.2. La denegación de información respecto del paradero y situación jurídica de la víctima

Como se afirmó anteriormente, para la configuración de la conducta que configura la desaparición forzada, no solo se requiere de la privación de libertad en cualquiera de sus formas si no que ésta debe ser seguida eventual y necesariamente de la denegación de información a la sociedad sobre dicha privación de libertad o el paradero o destino de la víctima; lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que la privación de libertad se realice desde su inicio con la intención de ocultar a la víctima.

Antes de continuar, se hace necesario distinguir entre la denegación de información como elemento conceptual de la desaparición forzada (objeto del presente análisis), del deber de información como obligación internacional específica del Estado consagrada en el artículo 18 de la CIPPDF.⁸⁷ El contenido y la naturaleza de ambas instituciones son diferentes; mientras que la primera tiene un contenido más acotado, por cuanto se refiere al hecho de la privación de libertad, o la suerte y paradero de la persona desaparecida; la segunda tiene un contenido más amplio que se detalla en el artículo 18 de la Convención Internacional. Lo anterior tiene efectos prácticos por cuanto el artículo 20 (1) de la CIPPDF permite un cumplimiento limitado de la obligación de información en ciertos supuestos, mientras que dichas limitaciones en ningún caso aplican para

⁸⁶ANDERSON, (2007), *op. cit.*, nota 207.

⁸⁷ El artículo 18 de la CIPPDF impone una obligación específica indicando que “[...] cada Estado Parte garantizará el interés legítimo en esa información, por ejemplo los allegados de la persona privada de libertad, su representante o abogado, el acceso, como mínimo, a las informaciones siguientes: a) La autoridad que decidió la privación de libertad; b) La fecha, la hora y el lugar en que la persona fue privada de libertad y admitida en un lugar de privación de libertad; c) La autoridad que controla la privación de libertad; d) El lugar donde se encuentra la persona privada de libertad y, en caso de traslado hacia otro lugar de privación de libertad, el destino y la autoridad responsable del traslado; e) La fecha, la hora y el lugar de la liberación; f) Los elementos relativos al estado de salud de la persona privada de libertad; g) En caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos. [...]”

la conducta denegatoria de información como elemento conceptual de la desaparición forzada. Lo anterior implicaría limitar la conducta que configura la misma, en palabras de SFERRAZA se estaría limitando “*el derecho de toda persona a no ser objeto de una desaparición, derecho que posee un carácter absoluto y que no puede ser suspendido o limitado en ningún caso*”.⁸⁸

Aclarado lo anterior, en la práctica, la denegación de información en tanto elemento conceptual de la conducta que se analiza puede ser cometida mediante acción u omisión. Mediante acción cuando la autoridad niega proporcionar información de una persona detenida y desaparecida o bien cuando destruye las fuentes de información o entrega información falsa. Mediante omisión, por ejemplo, cuando sin negar la proporción de información respecto del desaparecido, tampoco se deja registro o antecedentes de dicha información para efectos de que dicha persona pueda ser encontrada por quien quiera verificar su destino o paradero.⁸⁹

Para la doctrina, la denegación de información se considera un acto “esencial” de la desaparición forzada, que tiene “*el fin y el efecto automático, invariable e inmediato de sustraer a la persona en cuestión de la sustracción de la ley*”.⁹⁰ En tanto, para la jurisprudencia internacional, la CIDH ha afirmado que la desaparición forzada “*se caracteriza por la negativa a reconocer la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de las personas y por no dejar huellas o evidencias [...] debe estar presente en la tipificación del delito, porque ello permite distinguirlo de otros con los que usualmente se la relaciona, como el plagio o secuestro y homicidio [...]*”.⁹¹

Ahora bien, tal como se abordó de forma somera anteriormente, para que la denegación a dar información configure la ilicitud de la conducta como un todo, esta requiere como presupuesto la existencia de un deber de informar. En efecto, para GALAIN PALERMO con dicha conducta se vulnera el mandato o deber de proporcionar información a las personas interesadas, mandato o deber que tiene la finalidad de evitar la desaparición forzada.⁹² Lo anterior obliga a preguntarse quiénes deben o pueden soportar dicho deber, y cuál es o debe ser la fuente

⁸⁸ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, pp. 144-145.

⁸⁹ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p. 142 y nota 39-40.

⁹⁰ AMBOS y BOHM (2009) citando a HALL. p 233, nota 144.

⁹¹ Ver CIDH (2005), *Gómez Palomino v. Perú*, Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 136, párrafo 103 o CIDH (2008) *Heliodoro Portugal Vs Panamá*, párr.198.

⁹² GALAIN PALERMO, Pablo, “*Uruguay*”, en AMBOS, Kai y CORREA, Juliana (coordinadores) (2009) “*Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional* (Bogotá, Temis), p. 149.

del mismo. Adelantándonos al problema, responder a esta pregunta y justificar dicha respuesta es un elemento clave para determinar la autoría del hecho ilícito que se analiza y la consecuente responsabilidad del Estado por el mismo, tal como se pasará a analizar a continuación.

2.1.2.1. Discusiones doctrinarias respecto del “deber de informar” y el sujeto activo en la desaparición forzada

Para parte de la doctrina el deber de información es un deber que deben soportar únicamente funcionarios públicos o agentes del Estado por cuanto tienen un deber legal expreso. En efecto, el delito de la desaparición forzada supone la existencia de órganos o de un aparato institucional capaz de garantizar ciertos derechos a las personas privadas de libertad y, con ello, comunicar a los interesados la información pertinente sobre su situación.⁹³ Dentro de los ordenamientos jurídicos internos, el debido proceso está generalmente garantizado, e incorpora el principio de la publicidad, es decir, la exigencia -y el derecho para el procesado- de que un proceso que ha implicado la privación de libertad sea llevado de forma pública, así como el derecho del público o la sociedad a observar y escrutar el funcionamiento de la justicia a lo largo de dicho proceso.⁹⁴ Ambos son elementos esenciales que implican necesariamente el deber de informar a la sociedad o los familiares sobre, en un primer nivel, las razones de la privación de libertad misma, lo que implica su reconocimiento por parte de la autoridad, y, en un segundo nivel, el deber de informar sobre el paradero y la suerte del detenido.

Asimismo, instrumentos como la CPPDF, se refieren a una serie de deberes que tienen por objeto prevenir las desapariciones que se relacionan al deber de otorgar información. En este sentido, el artículo 17 se refiere, entre otros, a la prohibición de la detención secreta, los requisitos para decretar órdenes privativas de libertad, la regulación del registro de personas privadas de libertad, el derecho de comunicación, al acceso de ciertas autoridades a lugares de detención las garantías de la puesta de libertad y el derecho a la información.⁹⁵

⁹³ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p. 150.

⁹⁴ LETURIA, Francisco J. (2018), “*La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española*”, *Rev. chil. derecho* [online], vol.45, n.3, pp.647-673.

⁹⁵ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p.150.

Asimismo, la jurisprudencia ha afirmado en el mismo sentido que “[...] lo que caracteriza a la desaparición forzada es su naturaleza clandestina, lo que exige que el Estado, en cumplimiento de buena fe de sus obligaciones internacionales, proporcione la información necesaria, pues es él quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”.⁹⁶

Como se pasará a abordar a continuación, el problema surge cuando quienes cometen la desaparición de la persona son agentes no estatales por cuanto, en principio y en el sentido tradicional, no soportan dicho deber de informar.

Para el caso de agentes no estatales que actúan con vínculo al Estado, SFERRAZA propone que los deberes internacionales de información siguen obligando al Estado en atención a su conexión -autorización, apoyo o aquiescencia- con el autor material de la desaparición.⁹⁷

Para el caso de agentes no estatales que actúan sin vínculo al Estado, el tema se vuelve más complejo. En principio se debe analizar el contexto y la caracterización del agente en cada caso, en este sentido, se debe distinguir específicamente si se trata de un grupo armado involucrado en un conflicto armado internacional o no. Para el primero caso, el derecho internacional humanitario establece estándares mínimos y derechos específicos en favor de las personas privadas de libertad en este contexto, como la prohibición a las detenciones arbitrarias y el derecho a comunicarse con el exterior.⁹⁸ Ello implicaría excepcionalmente el deber de información y la exigencia de no sustraer al detenido de la ley (al menos en este ámbito), para agentes no estatales sin vínculo al Estado. Fuera de este caso, es decir, para agentes no estatales sin vinculación al Estado que se ven involucrados en otro tipo de conflictos internacionales, surge el problema de determinar si poseen o no la obligación de información, y de todas formas analizar en general la posibilidad de su autoría, cuestión que se abordará más profundamente en el capítulo V del presente trabajo.

Al analizar la posibilidad de que sujetos no estatales tengan el deber de informar sobre detenciones y sobre el paradero y suerte del detenido, vale preguntarse en primer lugar cuál sería

⁹⁶ CIDH (2005), *Gómez Palomino vs Perú*, párr. 106.

⁹⁷ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p. 151.

⁹⁸ Recomendamos revisar el trabajo de SFERRAZA (2019) en este respecto, al referirse a los Convenios de Ginebra y el Protocolo II que se refieren a estos estándares y derechos.

la fuente de dicha obligación y, en segundo lugar, si dicho deber no contraviene el principio de no autoincriminación.

En este sentido, GIORGOU afirma precisamente que *“la negación a proveer información parece no tener mucho sentido en relación a agentes no estatales. Por cuanto ellos no poseen un deber similar al de proveer información como los Estados parte [a la Convención Internacional], no se espera que los agentes no estatales generalmente actúen con transparencia e informen sobre situaciones de privación de libertad”*.⁹⁹ Asimismo, tampoco tienen el deber de hacerlo ya que eso significaría una violación al derecho de no autoincriminarse *-nemo tenetur se ipsum accusare-*.

Por su parte, AMBOS Y BOHM entienden que la desaparición forzada se trata de un delito que tanto para los agentes estatales como particulares que actúan con la autorización, apoyo y aquiescencia del Estado, se trata de un *incumplimiento del deber*, en donde el deber de informar se desprende directamente de la normativa penal interna (por lo que no se vulneraría el principio *nemo tenetur*).¹⁰⁰ Es este caso, los autores se saltan la discusión teórica poniéndose en el supuesto de que el Estado cuenta con la práctica de la desaparición forzada tipificada y por tanto prohibida. De allí que la fuente de obligación para los particulares nazca de la misma norma que prohíbe la conducta. Por lo demás, los autores no conciben la posibilidad de que el sujeto activo sean agentes no estatales sin conexión al Estado por cuanto lo consideran como un delito especial, cuyo bien jurídico protegido es la administración de la justicia, lo que no podría verse afectado por agentes no estatales, como se abordará en el número 3 siguiente y al referirnos a los agentes no estatales en el capítulo IV.

Mientras que para estos autores la fuente de la obligación de informar nace de la normativa penal interna, MEINI por su parte propone, como se abordará más adelante, que la desaparición forzada se trata de un **delito especial propio**, por tratarse de un delito de infracción de un deber que recae específica y únicamente en funcionarios y empleados públicos.¹⁰¹ Ahora bien, el autor considera que la fuente del deber se produce por la injerencia relacionada con la privación de

⁹⁹ GIORGOU. (2013). *op. cit.* p. 1012, nota 45.

¹⁰⁰ AMBOS Y BOHM (2009), *op. cit.* p. 249

¹⁰¹ MEINI, Iván, (2009) *“Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional* (Bogotá, Temis), p. 122.

libertad, en tanto, en dicho contexto, se genera un compromiso o un deber para el funcionario de actuar como garante de la personalidad jurídica del detenido. Desde la noción penal, la injerencia se utiliza para explicar la fuente de la posición de garante frente a un tercero cuando dicho tercero se ve involucrado en una situación riesgosa que, por lo mismo, justifica su posición de garante.¹⁰² Para MEINI, el contexto de privación de libertad generaría entonces este deber o compromiso para el agente estatal de garantizar la personalidad jurídica del sujeto, de esta forma, dentro del ámbito de sus obligaciones, se encontraría la de informar a la sociedad de su situación, así como la de impedir su sustracción frente a la ley. Y, por cuanto únicamente por injerencia se asume dicho deber, MEINI concluye que solamente los agentes estatales pueden ser el sujeto activo en la desaparición forzada.

Para GALAIN PALERMO en cambio, la posición de garante no tiene como fuente la injerencia ni el dominio del hecho que el garante tenga sobre la desaparición, sino que se deduce de un deber especial extrapenal derivado de su función concreta de funcionario, es decir, del círculo de funciones asignadas al funcionario en tanto tal, en el entendido de que asumen una función de protección sobre determinados bienes jurídicos.¹⁰³ Para el caso de agentes no estatales que tuvieran vínculo al Estado, se los consideraría para estos efectos, una suerte de funcionarios, teniendo de hecho que soportar en este caso un deber extrapenal de informar sobre el detenido.¹⁰⁴

Por último, para SFERRAZA todas estas argumentaciones servirían para hacer extensible la posibilidad de autoría del delito a agentes no estatales incluso desvinculados del Estado. Agrega sin embargo que, dado que la discusión no está zanjada por la doctrina respecto de la inclusión de los agentes no estatales sin conexión al Estado, el problema justamente surgiría sobre el concepto de agente no estatal que se maneje.¹⁰⁵ En este sentido, desde una concepción restringida que exige una similitud a un Estado para este tipo de agentes, no sería difícil justificar que dicho deber también lo deben soportar y que una conducta denegatoria de información sí puede ser cometida por los mismos. Por otro lado, la cuestión se vuelve problemática si se adopta una concepción amplia de los agentes no estatales, ya que en este caso, el deber correlativo del autor no podría justificarse por su similitud en los hechos a un Estado, si no que únicamente a

¹⁰² SFERRAZA (2019), *op. cit.* p. 152.

¹⁰³ GALAIN PALERMO (2009), *op. cit.* pp. 158-162.

¹⁰⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 148

¹⁰⁵ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p. 153.

“la satisfacción del derecho a la verdad y el deber correlativo del autor de revelar lo ocurrido a las víctimas de desaparición, deber que en términos normativos parece tener menos fuerza que el deber de información atribuible a un funcionario público”.¹⁰⁶

En último término, respecto del problema de la autoincriminación y los agentes no estatales, LOPEZ DÍAZ y GALAIN PALERMO, al igual que para GIOURGOU, afirman que la obligación de informar sobre la situación de la víctima implicaría una *autoincriminación*, cuestión que en principio y por regla general se encuentra prohibida bajo el principio de *nemo tenetur*.

Para LOPEZ DIAZ, que analiza el tipo penal colombiano que contiene la prohibición de la desaparición forzada, la descripción de la conducta suele ser más garantista que las definiciones internacionales, por cuanto acepta que el delito pueda ser cometido por particulares. En este sentido, y para efectos de no vulnerar el principio de la no autoincriminación contemplado en el artículo 33 de la Carta Política colombiana, el inciso 1º de artículo 165 que contempla este delito establece que la privación de libertad es “[...] *seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola de amparo de la ley*”, debiendo entenderse que la conjunción “y” no exige para cometer el delito que el particular sea requerido (es decir, no hay norma que le imponga la obligación de informar), si no que basta la falta de información o la negativa a reconocer la privación de libertad.¹⁰⁷ Aunque excede el objeto del trabajo, es cuestionable que el delito se configure con una conducta que se trate de una negación de la misma por parte del presunto autor; a nuestro juicio, la norma automáticamente presume la culpabilidad del sospechoso, incluso si la niega.

Respecto de la autoincriminación, para GALAIN PALERMO, refiriéndose a la tipificación del delito en Uruguay, la obligación de brindar información puede legitimarse cuando se trata de funcionarios públicos que tienen un deber específico de colaboración para evitar el encubrimiento de un delito cuando han tenido conocimiento de la infracción, pero que no se justificaría para un particular que no tiene la obligación de autoincriminarse. Y si bien afirma que “*no está mal que el derecho penal fomente el arrepentimiento y el desistimiento de las*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ LÓPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit.*, p. 81.

conductas delictivas; lo que es inadmisibile es que las exija”, agrega que solo se puede exigir dicha obligación en el contexto genérico de un mandato que exige una intervención activa del particular para impedir el delito o para promover su persecución, precisando que en Uruguay no existe dicha obligación de modo general, y que, incluso si existiera, ello solo permitiría imputar la desaparición forzada como si se tratara de un delito de omisión propia y por ello la responsabilidad por dicho delito se limita al reproche de la no actuación y en ningún caso podría hacerse cargo del resultado no evitado como si lo hubiese cometido en calidad de autor.¹⁰⁸

Como plantean algunos autores, la solución se encuentra en la forma en que Alemania tipifica la desaparición forzada. En efecto, el ordenamiento alemán exige que la información sobre el detenido sea requerida, es decir, la denegación de información sólo puede producirse si ha mediado encargo previo de los familiares al Estado (u organización política) o se ha incumplido un deber jurídico. En ese sentido, AMBOS Y BOHM afirman que en “ambas referencias se estaría poniendo al sujeto en posición de garante, ya sea por su *asimilación al cumplimiento de una función pública* -por actuar “por encargo del Estado”- lo cual lo situaría en la posición de funcionario público y le adjudicaría ese mismo cometido y el mandato de no incumplir con el deber de velar por el correcto funcionamiento de las instituciones y el respeto de los derechos que debe proteger; o por obligación [a] *cumplir un deber jurídico*, que se funda en que el particular, por propia decisión y sin orden estatal, se alineó en una política estatal de desapariciones, y, en tal asimilación se ve vinculado por tanto a los deberes jurídicos que interna o internacionalmente se prevén para los funcionarios públicos”.¹⁰⁹

Es interesante dicha posición por cuanto, en primer lugar resuelve el problema de la autoincriminación, y, en segundo lugar, fundamenta la posibilidad de que agentes no estatales que actúen con vínculo al Estado puedan cometer la desaparición forzada y especialmente participar de la conducta de la “denegación de información” sobre la suerte o paradero de la víctima, cuestión que en primera instancia parecía ser únicamente una conducta que podía ser cometida por agentes estatales en tanto soportan el deber de informar dicha información a la sociedad, tal cómo se ha planteado anteriormente.

¹⁰⁸ GALAIN PALERMO (2009), *op. cit.* p. 149 y nota 63.

¹⁰⁹ AMBOS Y BOHM (2009), *op. cit.* p. 235.

2.2. La sustracción de la ley e impunidad del Estado en los elementos de la definición internacional de la desaparición forzada

Existe discusión respecto a la naturaleza jurídica de la sustracción de la ley en el ilícito internacional de la desaparición forzada. Para algunos se trata de un elemento esencial para la configuración de la misma, mientras que para la gran mayoría de la doctrina se trata más bien de una consecuencia producida a raíz de la configuración del resto de los elementos definitorios.¹¹⁰ En los trabajos preparatorios de la Convención Internacional la discusión fue zanjada por el Presidente del Grupo de Trabajo al proponer una fórmula de compromiso según la cual la sustracción de la ley se incluyera en la definición de la desaparición forzada como una “ambigüedad constructiva” de tal forma que se otorgase libertad interpretativa a los Estados para la implementación del tratado. En ese sentido, la Convención Internacional agregó al final de la definición el enunciado “[...] *sustrayéndola a la protección de la ley*”. Por su parte, la Convención Interamericana no establece expresamente dicha consecuencia, pero agrega en la definición que con la detención y posterior denegación de información “[...] *se impide ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*”.

Fuera de la discusión respecto de su naturaleza jurídica, para MEINI, con el delito de la desaparición forzada de personas opera una sustracción jurídica de la víctima de la protección que merece como persona. Dicha sustracción se manifestaría concretamente en la negativa a informar el paradero o situación jurídica de la víctima, o bien desde su detención ilegal, y no requeriría necesariamente que el sujeto se viese impedido de ejercer los recursos legales o garantías procesales establecidas en su favor; para MEINI, basta la infracción al deber de informar para que el delito se configure.¹¹¹

Para GIORGOU, la extracción de la víctima de la protección de la ley como característica o elemento de la desaparición forzada también vincula necesariamente al Estado. La autora explica que, por cuanto el propósito de la ley es hacerse cargo a través de métodos preventivos y represivos de comportamientos criminales, así como de salvaguardar derechos e intereses de los

¹¹⁰ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (“CDH”) (2005), *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. E/CN.4/2005/66 SFERRAZA (2019), párr. 25, en SFERRAZA (2019), *op.cit.* p. 171.

¹¹¹ MEINI, (2009), *op. cit.*, p. 121.

individuos, ello presupone que la ley no es externa a la conducta prohibida o a los perpetradores. En la desaparición forzada, la víctima es extraída de la protección de la ley porque su condición de secreta tiene como consecuencia precisamente la dificultad de aplicar la ley o el impedimento del ejercicio de los derechos y garantías de la víctima, y, por cuanto es el Estado el responsable de asegurar la aplicación de la ley y permitir el ejercicio de esos derechos y garantías, parece lógico concluir que debe estar necesariamente involucrado en la misma. En este sentido la impunidad del Estado debe presentarse como consecuencia natural del delito.¹¹²

Desde dicha premisa, la autora argumenta que, a *contrario sensu*, cuando intervienen agentes no vinculados al Estado en la comisión de la desaparición forzada, dicho crimen no necesariamente resulta en la impunidad de los autores, por ende, en estos casos no habría necesariamente una sustracción de la víctima de la ley. Aún más, muchas veces los familiares de la persona desaparecida reciben la asistencia del Estado para investigar y castigar a los culpables. De esta forma se concluye que la impunidad es la regla cuando la desaparición forzada es cometida por el Estado.¹¹³

Sin perjuicio de lo anterior, la autora revisa la posibilidad de ampliar el espectro cuando el delito es cometido por agentes no estatales no vinculados al Estado cuando éstos tienen cierto control sobre el territorio o ciertas similitudes a un “Estado”, existiendo ciertas áreas grises respecto de la inclusión de grupos armados o bandas criminales que actúan bajo sus propios intereses privados y que no necesariamente tienen similitudes a un Estado, al menos en su naturaleza política,¹¹⁴ cuestión que se abordará al referirnos a los agentes no estatales como sujeto activo de la desaparición forzada.

GIORGOU estima además necesario distinguir aquellos casos donde el Estado no tiene la voluntad de perseguir desapariciones cometidas por agentes no estatales dentro del territorio, de aquellos casos donde el Estado no es capaz de prevenir, y hacerse cargo de dichos comportamientos criminales. Para la autora, el primer caso calificaría dentro de lo que se entiende *por aquiescencia*, como se abordará más adelante.

¹¹² GIORGOU (2013), *op. cit.*, p. 1012.

¹¹³ *Ibid*, *op. cit.*, p. 1013.

¹¹⁴ *Ibid*, *op. cit.*, p. 1014.

Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica, la sustracción de la ley se traduce en la imposibilidad para el detenido de acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso. A nuestro juicio, la sustracción jurídica de la víctima a la protección de la ley pareciera ser por tanto más la consecuencia de la desaparición forzada que un elemento constitutivo de la misma, por cuánto el ilícito se configura esencialmente desde la denegación de información de la víctima sin requerir nada más. Desde dicha afirmación sería redundante por lo tanto agregar como elemento la sustracción de la ley por cuanto, justamente, la denegación de información no es más que una de las tantas formas en que se afectan los derechos procesales del desaparecido, pero que resulta esencial para comprender la naturaleza del ilícito y no así dicha consecuencia.

En conclusión, independientemente de si se considera a la sustracción de la ley un elemento de la definición o más bien una consecuencia necesaria de la configuración del resto de los elementos definitorios, especialmente de la denegación de información,¹¹⁵ pareciera ser que de todas formas el Estado se debe ver involucrado principalmente por el hecho de que es el responsable de asegurar la aplicación de la ley y permitir el ejercicio de esos derechos y garantías.

3. La desaparición forzada analizada como “delito especial”

En algunos ordenamientos internos, la desaparición forzada tiene un tratamiento de “delito especial”, es decir, de un delito que solo puede ser cometido por quienes revisten una calidad especial. Dichas tipificaciones son, convenientemente, aún más estrictas que las definiciones de los tratados internacionales en la materia. Así, por ejemplo, al tipificar la desaparición forzada el artículo 320 del Código Penal peruano se refiere a “*El funcionario o servidor público*”, y en Uruguay, el artículo 21.1 del Código Penal estipula que “*siendo agente del Estado o sin serlo con la autorización, apoyo, o aquiescencia de uno o más agentes del Estado*”.¹¹⁶

Tanto las definiciones internacionales como las tipificaciones en instrumentos locales reflejan los orígenes de una práctica que era cometida esencialmente por agentes estatales o uniformados; en ese sentido, el carácter de “especial” de este delito está estrechamente

¹¹⁵ AMBOS y BOHM (2009), *op. cit.*, p 206.

¹¹⁶ *Ibid*, p. 208.

relacionado con la estructura típica del mismo y sus orígenes.¹¹⁷ En efecto, y tal como se afirmó, la conducta que la configura implica, por una parte, la ilegalidad de la detención o una privación de libertad -que bien puede ser en el mismo momento en que se detiene a la persona, o posteriormente volverse ilegal-, sumada a la denegación de información sobre el paradero y destino de la víctima a la sociedad, impidiéndola ejercer sus derechos y controlar su detención. Para José Luis MODOLLEL, dichas actos son propios, o más bien sólo pueden ser cometidos por aquellos que tienen que comportarse evitando concretamente dichas prácticas, estos son, quienes tienen el deber específico de omitir dichas conductas. Desde un análisis a partir de la teoría del delito, se trataría entonces de un delito de **infracción de deber**, en el sentido tradicional del término, ya que el autor tiene un “deber extrapenal” con respecto al sujeto privado de libertad. Lo anterior cobra especial importancia por cuanto, siguiendo esta interpretación, dicho deber restringe el ámbito de la autoría únicamente a las personas que están obligadas a cumplirlo.¹¹⁸ Aún más, el profesor argumenta que dicha posición ser vería respaldada por el artículo 2º de la Convención Interamericana la cual se refiere al impedimento, como consecuencia del delito, de ejercer “*recursos legales y [...] las garantías procesales pertinentes*”, cuestiones que, a su juicio, son derechos que se exigen resguardar propiamente a los órganos del Estado y no a grupos sublevados a éste.

Sin perjuicio de tratarse de una interpretación más estricta de lo que se entiende por el sujeto activo, MODOLLEL reconoce que los instrumentos internacionales incluyen también a sujetos que, no teniendo este “deber extrapenal” respecto al detenido, al actuar con la autorización, apoyo, o aquiescencia por parte del Estado serían igualmente responsables.¹¹⁹ Lo anterior, por cuanto dichos vínculos con el Estado extenderían el ámbito de la responsabilidad al fundamentarse igualmente en el deber respecto de la persona detenida.

Por su parte, el profesor Iván MEINI, restringiendo aún más la posición en este respecto, afirma que no solo se trata de un delito especial, sino que también de un **delito propio**. En efecto, no basta con constatar la calidad de agente estatal o de servidor público del perpetrador de la conducta para considerarlo como autor del delito, sino que, adicionalmente, debe comprobarse

¹¹⁷ *Íbid.*

¹¹⁸ MODOLLEL (2009) *op. cit.*, p. 195, Nota 31.

¹¹⁹ *Íbid.*, p 191.

que el sujeto en cuestión es además competente para informar sobre el paradero o situación jurídica de la víctima.¹²⁰ En este sentido, MEINI va más allá y afirma que el comportamiento típico del delito es la infracción al deber específico de informar que tiene el funcionario público. Adicionalmente, y haciéndose cargo del problema temporal, al ser un delito imprescriptible, MEINI afirma que una vez asumido dicho deber, pasa a integrar el conjunto de deberes que tiene como ciudadano y no como funcionario público, de tal forma que el deber subsiste aún si pierde el cargo o la calidad de funcionario público. De esta forma dicho deber o responsabilidad lo perseguiría a lo largo de su vida.¹²¹ Dicha afirmación puede volver cuestionable, a nuestro juicio, la idea de que se trata de un delito especial, pues sería responsable aún a pesar de no ostentar cierta calidad especial, en este caso, la de agente estatal. Pero dicha discusión se aleja del objeto del trabajo y se asume como una de las muchas cuestiones complejas que surgen a propósito del carácter permanente del delito.

De esta forma, MEINI y la jurisprudencia peruana entienden que, aunque intervenga un funcionario público en el delito, si no tiene la obligación o la capacidad de informar sobre el paradero o destino del detenido, no podrá entenderse que actúa en calidad de autor, pero sí podría ser “cómplice” de la desaparición, lo anterior porque según esta posición, si bien sólo un funcionario público que cumple la mencionadas características puede ser autor, cualquier persona puede ser cómplice, tratándose en este caso de responsabilidad del *extraenus*.

En el caso de Colombia, el tipo penal contenido en el artículo 165 de su Código Penal, entendía en un principio que la desaparición forzada podía ser cometida exclusivamente por particulares que pertenecieran a un grupo armado al margen de la ley. Lo anterior fue modificado tras una revisión de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional por cuanto contravenía el artículo 12 de la Constitución Política colombiana que prohíbe la práctica en términos amplios y no estrictos como hacía el antiguo artículo 165 del mencionado Código. De esta forma, en la actualidad el artículo 165 entiende que el sujeto activo puede ser cualquier particular, o bien, servidores públicos o un particular que actúe bajo la determinación o aquiescencia de aquél.

¹²⁰ MEINI, (2009), *op. cit.*, p. 123.

¹²¹ *Ibid*, p. 122.

La tipificación actual de la conducta, aunque en principio atractiva, para la profesora Claudia LÓPEZ DÍAZ trae el inconveniente de que a los particulares no se los puede obligar a dar la información sobre el paradero o destino de la víctima por cuanto no soportan el deber constitucional ni legal de hacerlo, y, adicionalmente tienen el derecho de no autoincriminarse.¹²² Lo anterior tiene consecuencias por cuanto debería comprenderse que, frente a este tipo de conductas por parte de un particular, en realidad lo que se configura es el delito de secuestro y no el de desaparición forzada. Lo anterior, por no existir una “infracción de deber”, en el entendido de que se trata efectivamente de un delito especial. Nuevamente, el vínculo al Estado por la existencia de este “deber”, se considera como un elemento esencial de la desaparición forzada que lo distingue de otros delitos comunes, aspecto que se revisará más adelante.

Por su parte, AMBOS Y BOHM, como se abordó someramente en el numeral anterior, también consideran que la desaparición forzada se trata de un delito especial que sólo puede ser cometido por personas que revisten ciertas características determinadas, en este sentido, solo el Estado o particulares que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia.¹²³ Para el caso de estos últimos, el deber de información tendría como fuente la norma que prohibiera y sancionara penalmente la práctica de la desaparición forzada en el ordenamiento jurídico interno. Respecto del vínculo al Estado, los autores parten de la premisa que siendo el bien jurídico afectado (en su ámbito colectivo) la administración de la justicia, por el debilitamiento institucional que implica la práctica,¹²⁴ la desaparición forzada consiste *“fundamentalmente en el bloqueo de recursos de hecho y de derecho para la investigación de los pormenores de la situación de la víctima y la debida administración de la justicia [que] solo puede provenir del Estado mismo, dado que únicamente el Estado dispone de tales recursos y precisamente los niega si no informa sobre lo que está obligado a informar”*.

Frente a las posiciones mencionadas, GIORGOU, estima por su parte que el delito de desaparición forzada de personas no es ni un delito especial, como lo entienden MODOLLEL y LÓPEZ DÍAZ y AMBOS y BOHM, ni uno propio, cómo lo entiende MEINI. Para GIORGOU, conforme a las definiciones internacionales, la desaparición forzada puede ser cometida por

¹²² LOPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit.*, p. 89.

¹²³ AMBOS y BOHM (2009), *op. cit.*, p. 246, Nota 206 y ss.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 245.

cualquier persona o grupo de personas, sin que necesariamente revistan una calidad especial, en este caso de funcionario o agente estatal, lo anterior siempre que, de todas formas, exista un vínculo entre ellas y Estado, es decir, que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia del éste.¹²⁵

Las definiciones internacionales de la conducta que se revisa, respaldarían dicha interpretación por cuanto abren el espectro de posibles perpetradores incluyendo a agentes no estatales. Lo anterior lleva a concluir, paradójicamente, que no se requiere necesariamente la actuación directa de agentes o funcionarios estatales que soporten el deber específico de informar para considerarlos como únicos posibles autores de dicha práctica o como requisito para que se configure la misma. En efecto, el involucramiento del Estado puede ser por vía indirecta por lo que, a juicio de GIORGOU, hay que quitar el foco del individuo en tanto “agente estatal” como perpetrador y sus cualidades, o la “especialidad del delito” y centrarse más bien en el elemento de *contexto* del crimen, precisamente en la implicación del Estado en el mismo. Para la autora, en ese sentido, la desaparición forzada es un ‘crimen de estado’.

4. Reglas de atribución de responsabilidad por actos de desaparición forzada cometidos agentes estatales

Tal cómo se definió en el Capítulo II de este trabajo, las reglas de imputación de responsabilidad al Estado por un hecho ilícito internacional son principalmente dos: el principio de *unidad del Estado* y la atribución de responsabilidad de los actos *ultra vires*. Conforme a la primera regla, que se entiende como la regla general, se imputa responsabilidad al Estado por toda acción u omisión de un órgano público cometido en calidad de tal que sea atribuible al Estado al que pertenece dicho órgano,¹²⁶ siempre que dicho acto tenga el carácter de hecho internacionalmente ilícito. Conforme a la segunda regla, también se imputa responsabilidad al Estado cuando el órgano estatal, actuando en el ejercicio de sus funciones, se extralimita de su marco competencial e infringe instrucciones impartidas.¹²⁷

¹²⁵ GIORGOU (2013), *op. cit.*, p. 1007.

¹²⁶ CASCADO TRINDADE, Antonio Augusto (2013), *International Law for Humankind: Towards a new Jus Gentium*, Leiden-Boston:Martinus Nijhoff Publishers pp. 456-457.

¹²⁷ SFERRAZA (2014), *op. cit.*, p. 402.

En este sentido, para el primer principio, el Estado es responsable por desapariciones forzadas cuando, cumpliendo los requisitos que se establecen en las definiciones internacionales, dichas conductas son cometidas por cualquiera de los órganos estatales que forman parte del aparato estatal, en el ejercicio de sus funciones como tal.

Así se ha reconocido por la Comisión de Derechos Humanos, al afirmar que “[...] *Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte*”,¹²⁸ y por la Corte Interamericana en casos como *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* cuando se afirma que “[...] *en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo*”.¹²⁹

Respecto del segundo principio, se imputa responsabilidad al Estado cuando dichos órganos estatales o los funcionarios que los conforman actúan u omiten actuar cuando deben hacerlo, extralimitándose de sus funciones e incluso actuando con instrucciones o normas en contrario. Para ello es importante tomar en consideración que actuar en extralimitación de sus funciones no elimina la calidad estatal del sujeto.¹³⁰

En el mismo sentido, la CIDH afirmó también en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que “[...] *Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno*”.¹³¹

¹²⁸ CDH (2004), *Observación General N° 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 de mayo de 2004). párr. 4.

¹²⁹ CIDH (1988), *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 169.

¹³⁰ SFERRAZA (2014), p. 413.

¹³¹ CIDH (1988), *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *cit.*, párr. 170.

Puede afirmarse por lo tanto que, cuando se trata de vulneraciones del derecho a no ser sometido a desapariciones forzadas, cometidas por agentes no estatales, deberá seguirse las reglas generales en materia de atribución de responsabilidad internacional en esta materia, es decir, el principio de unidad del Estado y el principio de atribución incluso cuando dichos agentes estatales actúan *ultra vires*.

5. Conclusiones respecto a los elementos de la definición y la atribución de responsabilidad

Podemos concluir a partir de las definiciones de la desaparición forzada en la Convención Interamericana y la Convención Internacional que la naturaleza de esta conducta viene delimitada en principio por dos elementos esenciales, a saber, la participación directa o indirecta del Estado o autoridades y la falaz negativa ulterior de por parte de las mismas de haber participado o bien tener algún conocimiento de la detención o suerte o paradero de la víctima. Ambos elementos permiten distinguir la desaparición forzada propiamente tal de hechos similares tales como el secuestro, la captura de rehenes, personas desaparecidas durante un conflicto armado y ejecuciones sin juicio previo.¹³²

Dicho de otra forma, incluso si en las definiciones de desaparición forzada que se han revisado se excluyera al Estado o al sujeto activo que en ellas se establece, subsistiría igualmente la presencia o el involucramiento del mismo implícitamente en los otros dos elementos que configuran la conducta, o, al menos en la negación de información sobre el paradero o destino del detenido e inevitablemente también estaría en la consecuencia de la misma, esto es, la sustracción del individuo de la protección de la ley.¹³³

¹³² PARAYRE, Sonia (1999): “*La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia ratione temporis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Vol. 29), p. 30.

¹³³ GIORGOU (2013), *op. cit.*, p. 1014.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDOS POR AGENTES NO ESTATALES QUE ACTÚAN CON VÍNCULO AL ESTADO

1. ¿Qué se entiende por “agentes no estatales”?

Las distintas definiciones de la desaparición forzada de personas en los distintos instrumentos internacionales que se han analizado en el presente trabajo incluyen la posibilidad de que sean agentes no estatales quienes cometan las conductas que se entienden como tal, siempre y cuando, cómo se ha mencionado, éstos actúen con *autorización, apoyo o aquiescencia* del Estado. Es decir, se expande el sujeto activo desde los agentes estatales a aquellos quienes, sin serlo, actúan con cierta vinculación a órganos estatales que se hace necesario esclarecer para efectos de que se configure el ilícito internacional. Para estos casos, es el apoyo, autorización o la aquiescencia del Estado lo que generaría su ulterior responsabilidad y fundamentaría su deber respecto de la persona detenida. En efecto, tal como se analizó en el capítulo anterior, ese deber restringe el ámbito de autoría a quienes están obligados a cumplirlo, y, en principio, la obligación de informar, elemento esencial para la configuración de la conducta que se analiza, jamás podría recaer en agentes no estatales.¹³⁴ En este sentido, la desaparición forzada de personas es única por su dependencia al Estado.¹³⁵

Existe, por lo tanto, acuerdo respecto al hecho de que la desaparición forzada puede ser cometida tanto por agentes estatales, como por agentes no estatales. La CIDH ratificó esa posibilidad de responsabilidad del Estado como autor directo y como autor “indirecto” en el caso *Gómez Palomino vs Perú*. En dicho, caso la CIDH afirmó que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas, con especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.¹³⁶

¹³⁴ MODOLLEL (2009) *op. cit.*, p 191.

¹³⁵ COURTNEY, Jocely. (2010). “Enforced disappearances in Colombia: plea for synergy between the courts”. *International Criminal Law Review*, 10 (5), 679-712.

¹³⁶ CIDH (2005), *Gómez Palomino vs Perú*.

Corresponde así hacerse tres preguntas respecto del enunciado del artículo 2° de la Convención Interamericana cuando se refiere a “*personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*”. En primer lugar, a qué se refiere o qué entiende la Convención Interamericana (o los otros instrumentos internacionales), por “agentes no estatales” a los que hace referencia dicho enunciado. En segundo lugar, qué debe entenderse por “autorización”, “apoyo” o “aquiescencia” para determinar ese vínculo al Estado. Y, en tercer lugar, bajo qué criterios normativos adicionales, fuera de la determinación de dicho vínculo, la Corte Interamericana podría atribuir responsabilidad al Estado cuando estos actos son cometidos por dichos agentes.

Para efectos de responder a la primera pregunta, tal como se afirmó anteriormente, se hace necesario realizar algunas distinciones. De esta forma, se distingue entre “agentes estatales” y “agentes no estatales”, atendiendo en primer lugar a si el autor pertenece o no a la estructura orgánica del Estado propiamente tal.¹³⁷ Una segunda distinción, atiende por su parte a si dichos agentes no estatales actúan con o sin vinculación al Estado. Dicha vinculación, conforme a las definiciones internacionales que se revisan, viene enunciada como se afirmó por los términos “autorización”, “apoyo” o “aquiescencia” por parte del Estado hacia esos grupos.¹³⁸ Desde estas distinciones puede concluirse que, a *contrario sensu*, por regla general los agentes no estatales “puros”, “autónomos” o “independientes”, como indica el profesor SFERRAZA, es decir, aquellos que actúan sin vínculo alguno al Estado, no son ni bien podrían ser el sujeto activo del hecho ilícito de la desaparición forzada.

Un argumento que respalda dicha posición, aunque de forma controversial lo encontramos en el artículo 3° de la Convención Internacional, el cual establece que los Estados deberán tomar las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas que se definen en el artículo 2° (aquellas referidas a la desaparición forzada), cuando “*sean obra de personas o grupo de personas que actúen sin la autorización, el apoyo, o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables*”. Ello permite llegar a dos conclusiones; (i) los agentes no estatales “puros” no se incluyeron como sujeto activo en la definición de la desaparición forzada contenida en el artículo 2° de dicha convención; y (ii) en caso de que éstos lleven a cabo conductas asimilables

¹³⁷ SFERRAZA (2019) *op. cit.*, p. 178.

¹³⁸ *Ibid.*

a la desaparición forzada, en sus palabras “*las conductas definidas en el artículo 2º*” (por cuanto la misma sólo puede ser llevada a cabo por agentes estatales o con vínculo al Estado), el Estado tiene el deber internacional de investigar y sancionar dichos actos.¹³⁹

Sin perjuicio de que la forma en que se redactó dicha norma es confusa y pareciera generar una contradicción por cuanto “*las conductas definidas en el artículo 2º*” sólo pueden ser llevadas a cabo por agentes estatales o con vínculo al Estado, cómo se afirmó, y malamente podrían entonces ser llevadas a cabo por estos grupos autónomos, desde una tesis tradicional de la estatalidad de la desaparición, se ha interpretado por parte del Comité contra las Desapariciones Forzadas (“CED”) que este caso se trataría de “*otras conductas análogas*” que pueden ser cometidas por este tipo de agentes,¹⁴⁰ cuestión que no comparten ciertos autores desde la doctrina especializada. Para estos autores, debe interpretarse más ampliamente el artículo, mirando la realidad actual de tal forma de concluir que el tratado reconoce, al menos implícitamente, la plausibilidad de la comisión de desapariciones forzadas por agentes no estatales.¹⁴¹ Nosotros disentimos de tal posición, a nuestro juicio, la Convención Internacional y el CED son claros en este sentido y, como plantea MCCRORY, si bien por dichos actos que cometan estos agentes no estatales el Estado debe responder investigando y “*llevándolos ante la justicia*”, no existe un requerimiento específico que criminalice directamente dichos actos, es decir, no existe la obligación directa a nivel internacional para dichos agentes de no cometer actos de esta naturaleza por cuanto no se los reconoce como sujetos activos en los mismos.¹⁴² Según la autora, el Artículo 3º de la Convención Internacional está redactado en un lenguaje mandatorio con el efecto de que el Estado adopte “*medidas apropiadas*”, en caso de no existir, para aquellos casos en donde se cometen actos de similar gravedad por parte de agentes no estatales. Si bien el artículo genera tensión respecto del sujeto activo de estas conductas, para los propósitos de la Convención Internacional, aunque en una redacción poco feliz, el sentido parece ser claro; estos casos cometidos por este tipo de agentes en ningún caso violan el “*derecho a no ser sujeto de*

¹³⁹ SFERRAZA (2019) *op. cit.*, p. 166.

¹⁴⁰ CED (2016), Observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/COL/CO/1, 27 de octubre de 2016, párr 15.

¹⁴¹ HUHLE, Reiner (2013): “Non-State Actors of Enforced Disappearance and the UN Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance”, en *Humanitares Volkerrecht*, (Vol.26) pp. 22 y 23, en SFERRAZA (2019) *op. cit.*, p. 167.

¹⁴² MCCRORY, S. (2007). *International convention for the protection of all persons from enforced disappearance*. *Human Rights Law Review* 7(3), p. 551.

desapariciones forzadas”, cuestión que recae como obligación únicamente para agentes del Estado o agentes no estatales que actúen con cierto vínculo a éste.¹⁴³

Sin perjuicio de lo anterior, y solo excepcionalmente, dichos agentes no estatales sí son objeto de regulación y soportan el deber de no cometer desapariciones forzadas en el caso que establece para estos efectos el Estatuto de Roma como se pasará a abordar. Cabe recordar, sin embargo, que dicho instrumento internacional busca establecer la responsabilidad penal del individuo que comete estas conductas y no la responsabilidad del Estado, tal como busca por su parte la Convención Internacional o la Convención Interamericana. En efecto, el Sistema Interamericano, antes que imponer penas a las personas culpables de las violaciones busca “[...] *amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones*”.¹⁴⁴ Asimismo, respecto del Estatuto de Roma cabe también tener en consideración el contexto en que se presentan estos casos por cuanto el Estatuto de Roma define adicionalmente a la desaparición forzada como un crimen contra la humanidad, es decir, según su artículo 7(1), ésta se configura únicamente cuando es “*parte de un ataque general o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”, mientras que las Convenciones se ponen en cualquier caso de desaparición forzada y la misma se configurará siempre que las conductas llevadas a cabo por agentes estatales o no estatales con vínculo al Estado cumplan con los requerimientos establecidos en las definiciones respectivas.¹⁴⁵ En este sentido y en principio, las definiciones de la Convención Internacional y la Convención Interamericana se bastan a sí mismas para efectos de su interpretación y aplicación.¹⁴⁶

De esta forma, si bien el Estatuto de Roma define la desaparición forzada en términos similares a dichas Convenciones, tal como se abordó en el Capítulo I del presente trabajo, este instrumento tiene la particularidad de agregar en el artículo 7(2)(i) que la desaparición forzada puede ser cometida también por *organizaciones políticas* en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y no únicamente por agentes estatales, ampliando de esta forma el sujeto activo. Con todo, no existe acuerdo en doctrina o jurisprudencia sobre las

¹⁴³ *Íbid.*

¹⁴⁴ CIDH (2006), *op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁵ MCCRORY, S. (2007). *op. cit.*, p. 551.

¹⁴⁶ Fuera de los estándares y criterios normativos que se requieren para determinar el vínculo entre el Estado y los agentes no estatales.

características que deben tener dichas organizaciones, y, aunque excede del objetivo del presente trabajo, algunas posiciones entienden que su característica definitoria es su capacidad de llevar a cabo actos que atentan contra valores humanos básicos, capacidad que se analiza casuísticamente; otras, por su parte, entienden que éstas se definen por su similitud formal, estructural u organizativa con el Estado “*State-like organizations*”.¹⁴⁷

El profesor HUHLE distingue y define, por su parte, seis principales grupos o individuos considerados como “agentes no estatales”:¹⁴⁸

1. Actores que directa y abiertamente están asociados al Estado, incluyendo corporaciones militares privadas (o empresas privadas de seguridad) que actúan en representación del Estado, ya sea en base a un acuerdo contractual o cualquier otro acuerdo visible;
2. Actores que mantienen una cooperación oculta con agentes estatales, tales como grupos paramilitares que actúan en cooperación con las fuerzas armadas oficiales, ya sea por sus propios medios o con apoyo y soporte estatal;
3. Actores que operan con la aquiescencia o consentimiento por parte de agentes estatales en una forma más indirecta que la indicada en el numeral 2;
4. Grupos de oposición política que pelean contra el Estado;
5. Grupos de oposición armada que han logrado convertirse en gobierno o cuasi-gobiernos, o cualquier otra entidad que ejercen funciones estatales *de facto*; y,
6. Criminales u organizaciones criminales sin fines políticos y desvinculados a agentes gubernamentales.

Basándonos en dichas definiciones, tanto la Convención Internacional como la Convención Interamericana contemplan la posibilidad de que la desaparición forzada sea cometida por los agentes que se enumeran del 1 al 3 en el listado anterior.

Esta clasificación sirve para ilustrar las distintas clases de agentes no estatales que pueden estar involucrados en desapariciones, pero no es una clasificación exhaustiva y atiende más bien

¹⁴⁷ Para un análisis más acabado revisar SFERRAZA (2019), *op. cit.* p. 169, refiriéndose a las opiniones de la SCP II de la Corte Penal Internacional.

¹⁴⁸ HUHLE (2013), *op. cit.*, p. 24

a aspectos fácticos, es decir, no existe un criterio normativo y diferenciador que tenga base jurídica y permita utilizarse frente a distintos problemas jurídicos.¹⁴⁹

2. El fenómeno de la desaparición forzada en la actualidad: el surgimiento de nuevos actores

“Durante algunos años, el Grupo de Trabajo ha venido recibiendo información sobre el número cada vez mayor de secuestros perpetrados por agentes no estatales que pueden equivaler a actos de desaparición forzada. A la luz de su mandato humanitario y el hecho de que las víctimas de esos actos no tienen ningún recurso para hacer frente a su difícil situación, el Grupo de Trabajo ha decidido documentar los casos relativos a las desapariciones forzadas o involuntarias presuntamente perpetrados por agentes no estatales que ejercen un control efectivo o funciones de tipo gubernamental sobre un territorio.”¹⁵⁰

Tal como se afirmó, hoy en día fenómenos como globalización, la privatización de los servicios públicos, la movilización de capitales e inversiones privadas y extranjeras, la expansión de los horizontes de instituciones multilaterales, la fragmentación de los Estados,¹⁵¹ incluyendo también la debilitación de los Estados en el ejercicio de la autoridad pública y en el monopolio de la fuerza¹⁵², así como la proliferación de conflictos armados contemporáneos y asimétricos,¹⁵³ en el entendido de que dichos fenómenos han permitido el protagonismo y fortalecimiento de agentes no estatales, y con ello la posibilidad de que cometan violaciones a los derechos humanos.

¹⁴⁹ SFERRAZA (2019), *op. cit.* p. 158.

¹⁵⁰ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, (2019): *Conclusiones y Recomendaciones*, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en. A/HRC/42/40, 30 de julio de 2019, párr. 94.

¹⁵¹ ALSTON, Philip (2005), *op. cit.*, p. 17.

¹⁵² BORZEL, Tanja A. y RISSE, Thomas (2013): “Human Rights in Areas of Limited Statehood: The New Agenda”, en A.A.V.V., *The Persistent Power of Human Rights: from Commitment to Compliance* (Cambridge, Cambridge University Press).

¹⁵³ CLAPHAM (2010), *op. cit.*, pp. 561-582.

En América Latina, los casos más paradigmáticos de desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales con vínculo al Estado fueron aquellos casos relacionados a agrupaciones paramilitares, especialmente en Guatemala y Colombia. En efecto, el fenómeno del paramilitarismo ha surgido en contextos de conflictos armados no internacionales donde generalmente el Estado se involucra en la creación, apoyo y control de estos grupos para efectos de combatir enemigos internos. De esta forma el Estado pretendía evadir su responsabilidad internacional al disfrazar su participación en actos ilícitos por medio de la manipulación de estos grupos quienes operan directamente en su comisión.¹⁵⁴

Si perjuicio de lo anterior, en países como Colombia la cuestión se complejizó por cuanto se vio una tendencia de desmovilización de estos grupos paramilitares, es decir, apropiándose de territorios estratégicos se aprovecharon de la poca presencia estatal en estos espacios, lo que permitió que desarrollaran gobiernos *de facto* o para-Estados que impusieron sus propias lógicas de justicia y fiscalidad.¹⁵⁵ Sin perjuicio de lo anterior, autoras como DAWN PALEY, plantean que “[...] hoy en día, el mensaje general es que los grupos paramilitares y los cárteles de la droga se han desmovilizado y desmantelado. Estas fuerzas irregulares han sido rebautizadas como bandas criminales (Bacrim), que se pintan como grupos criminales apolíticos sin vínculos con el aparato estatal, y como tales pueden ser perseguidas por la policía con permiso de la ley [...]”,¹⁵⁶ pero que en el fondo se trata de los mismos grupos paramilitares que operaban bajo el alero del Estado en sus orígenes. Pero para esta autora se trata sobre todo de “[...] repensar la llamada guerra antidrogas: no se trata de la prohibición ni de la política de narcóticos. [...] el terror es usado en esta guerra contra la población de la ciudad y el campo, y cómo, al lado de esta política de terror y el pánico resultante, se implementan políticas que facilitan la inversión extranjera directa y el crecimiento económico.” En estas tendencias de descentralización o fragmentación del Estado como se le suele llamar, efectivamente lo que ocurre es un debilitamiento de las instituciones y una crisis de la gobernabilidad del Estado en dichos territorios, pasando los grupos paramilitares o de naturaleza similar a ejercer el rol que el Estado por diversas razones no ejerce.

¹⁵⁴ SFERRAZA (2020). *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁵ NADER Orfale, R. (2017). “Debilidad del Estado y fragmentación de lo local: los desafíos de la LOOT. *Advocatus*, 2(29). DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1655>, p. 30

¹⁵⁶ DAWN PALEY (2018), “Capitalismo Antidrogas. Una guerra contra el Pueblo”, *Sociedad Comunitaria de Estudios Estratégicos y Libertad bajo palabra*, México, p. 88.

Es por ello que en los trabajos preparatorios de la CDH, al momento de discutir si se incluían o no los agentes no estatales en la definición, expertos como NOWAK planteaba que “La experiencia de muchos Estados, como Colombia, muestra que las desapariciones forzadas son cometidas por funcionarios del Gobierno, agentes indirectos del Estado tales como miembros de los escuadrones de la muerte o las denominadas fuerzas de autodefensa, movimientos guerrilleros y grupos paramilitares que combaten al Gobierno, así como por miembros de bandas del crimen organizado, con frecuencia por lo que respecta a los delitos relacionados con los estupefacientes”.¹⁵⁷ Agregando que, por lo general el vínculo con los agentes no estatales era generalmente difícil de distinguir.

Hoy en América, sin embargo, el foco se pone no solo en países como Colombia, sino que también en México donde, según investigaciones, las desapariciones se han transformado e intensificado en el marco de nuevos conflictos en las que el crimen organizado es el principal protagonista en la guerra por los territorios, la trata de personas, la migración forzada y la violencia contra las mujeres. Todo lo anterior relacionado a situaciones de pobreza y precariedad y el uso de la crueldad.¹⁵⁸ Entre las personas que se han visto particularmente desprotegidos frente a las desapariciones y actos asimilables encontramos los grupos indígenas, las mujeres, niños, niñas y adolescentes, defensoras y defensores de derechos humanos y personas en situación de pobreza.¹⁵⁹

En estos últimos casos, la desaparición forzada ya se comienza a alejar de la definición tradicional de esta conducta, es decir, en estos casos el protagonista o el sujeto activo principal no parece ser ya el Estado si no que precisamente los agentes no estatales. En efecto, para autoras como ROBLEDO y QUERALES la desaparición forzada de personas ha dejado de ser una estrategia de violencia política que reitera el monopolio legítimo de la violencia en manos del Estado, es decir, ha dejado de utilizarse como herramienta de eliminación de oposición política,

¹⁵⁷ CDH (2002), Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias. E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, pp. 42-43

¹⁵⁸ ROBLEDO-SILVESTRE, Carolina, QUERALES-MENDOZA. May-ek, (2020), Presentación del dossier; Desaparición de personas en el mundo globalizado: desafíos desde América Latina. *ICONOS Revista de Ciencias Sociales*, N° 67, vol. XXIV (2do. Cuatrimestre), p. 8.

¹⁵⁹ Para un detalle de la forma en que estas personas se han visto afectadas por actos de desaparición forzada revisar el texto de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y GÓNGORA MAAS, Juan Jesús, (2020) “La Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: estándares e impacto en grupos vulnerables” en “Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos Balance, Impacto y Desafíos”, *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, México.

tal como lo solía ser en su origen, y ha ingresado al contexto de la violencia criminal “[...] donde los motivos y los actores asociados al fenómeno se tornan ambiguos, ocultando la participación del Estado detrás de la multiplicación de fuerzas paramilitares, que suma nuevas geografías, víctimas y perpetradores”.¹⁶⁰

Citando a REVELES,¹⁶¹ las autoras agregan que la desaparición forzada se ha convertido en un negocio para extorsionar, esclavizar, reclutar o vender personas, y en un mecanismo de castigo, advertencia y limpieza social, donde el crimen organizado no es más que un sistema de redes clientelares de cooperación entre criminales y funcionarios públicos. O citando a María Herrera Magdaleno, víctima de desapariciones de sus cuatro hijos entre 2008 y 2010, “[...] más que crimen organizado, lo que tenemos en México es el crimen autorizado, el crimen institucionalizado”.¹⁶²

Cuando en doctrina se comienza a hablar de la “desestatización” de la desaparición forzada es precisamente a esto a lo que se refiere. Para una de las autoras que trata el tema que se revisa, las desapariciones más recientes dicen relación con la expansión del capitalismo -consecuencia de la globalización- hacia nuevos territorios, previamente inaccesibles, con la justificación o la narrativa global de seguridad que termina en realidad por beneficiar a empresas transnacionales mientras, dentro de esta narrativa, se vuelcan con violencia sobre estas poblaciones para el avance de dichos proyectos.¹⁶³ Como plantea DAWN PALEY refiriéndose a Colombia, estos fenómenos “[...] se relaciona[n] con reformas legales y financieras instituidas como parte del programa “antinarcóticos”, pero también va de la mano con el orden social represivo y la militarización impuesta [...] Por todo el país, los grupos armados despejaron muchos territorios de sus habitantes, y las corporaciones llegaron a ocuparlos y explotarlos”.¹⁶⁴

Reflexionando sobre esta realidad, en primer lugar, pareciera que en estos casos incluso los motivos de las desapariciones se alejan de los motivos originales, pero solo superficialmente. Creemos que estos fenómenos más recientes comparten con la desaparición forzada en su sentido

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ REVELES, José (2011), *Levantones, narcofosas y falsos positivos. México DF:Grijalbo*, en ROBLEDO, QUERALES (2020), *op. cit.*, p. 8.

¹⁶² HERRERA MAGDALENO María citada en ROBLEDO, QUERALES (2020), *op. cit.*, p. 8.

¹⁶³ DAWN PALEY (2018) en ROBLEDO, QUERALES (2020), *op. cit.*, p. 9

¹⁶⁴ DAWN PALEY (2018), *op. cit.*, p. 89.

más tradicional un mismo motor: si en su origen en Latinoamérica las desapariciones forzadas se utilizaban por el Estado como mecanismo de erradicación de grupos de oposición con el objeto de asegurar el éxito de cierto proyecto político, hoy tenemos a un sujeto activo o agentes que sin ser del todo claros, utilizan el secuestro, las desapariciones y la violencia, amparándose en la tolerancia y e incluso a veces el apoyo del Estado, para asegurar el éxito de cierto proyecto económico, social y/o político. Desde ese punto de partida los motivos pueden también mezclarse o finalmente ser parte de una misma estrategia o proyecto.

Con todo, y tal cómo defiende esta tesis, consideramos que el involucramiento del Estado es esencial para la configuración de la desaparición forzada, tal como está definida en los instrumentos internacionales. En efecto, si no son los agentes estatales quienes cometen desapariciones, y son por tanto agentes no estatales, como son los casos que se han mencionado, debe entonces quedar establecido de forma objetiva y bajo estándares normativos definidos y claros cuándo se va a concluir que ha existido autorización, apoyo o aquiescencia, es decir, cierto vínculo, con el Estado en dichas prácticas y cuando no ha existido ese vínculo.

Sin perjuicio de lo anterior, tal como se propone someramente en el Capítulo V, creemos que estos grupos no pueden quedar excluidos del ámbito internacional, en tanto son capaces de cometer actos asimilables a la desaparición forzada (cuando el vínculo al Estado no queda establecido), deben quedar expresamente reconocidos por cuanto su existencia ya se hace obvia, y obligados bajo un instrumento internacional vinculante para efectos de responder por sus actos y reparar el daño a las víctimas.

3. La discusión en torno a los agentes no estatales y la propuesta de “desestatización” de la desaparición forzada

Ya desde hace unos años puede afirmarse que los agentes no estatales han cobrado gran relevancia dentro del ámbito del Derecho Internacional. Específicamente en la regulación internacional de la desaparición forzada la discusión de incluirlos como sujeto activo se instaló fuertemente desde los trabajos preparatorios de la Convención Internacional, donde el fenómeno ya se presentaba en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Adelantándonos al resultado, y tal como se abordó, la CDH decidió dejar fuera a dichos sujetos agregando, para efectos de hacerse cargo del problema al menos en parte, el cuestionado Artículo

3° al que ya se hizo referencia en el número 1 anterior, estableciendo una obligación al Estado de investigar dichas conductas, pero en ningún caso confundiéndolas con las conductas que configuran la desaparición forzada propiamente tal.

Cómo se afirmó, el surgimiento de agentes no estatales se debe, entre otros, a fenómenos tales como la globalización, la multiplicación de grandes capitales privados, la liberalización de los mercados y el fortalecimiento de la sociedad civil.¹⁶⁵ Asimismo, la diversificación de conflictos armados y la aparición de actores más recientes en el ámbito de los derechos internacionales tales como corporaciones internacionales, grupos de oposición armada, terroristas, insurgentes, rebeldes, etc., a legítimamente obligado a cuestionarse sobre la posibilidad de que estos grupos no solo se hagan responsables por actos que violan los derechos humanos pero que también pueden ser capaces (y por ende obligados) a protegerlos. En este entendido, ya existen obligaciones internacionales específicas, tanto en el ámbito del derecho humanitario como el de los derechos humanos, que se imponen a este tipo de actores, sin perjuicio que se deben fortalecer las instancias para hacerlas efectivas de tal forma que respondan frente a sus actos.¹⁶⁶ Sin perjuicio de lo anterior, no existe este tipo de obligaciones en el caso de la desaparición forzada de personas, justamente porque no puede entenderse que dichos actores pueden ser el sujeto activo en tal conducta. En efecto, hoy es posible distinguir actos similares o “equivalentes” a la desaparición forzada, tal como menciona el Grupo de Trabajo en informe del 2019 que se cita al principio del capítulo,¹⁶⁷ que justamente no confunde dichos actos con la desaparición forzada es su sentido tradicional.

Sin perjuicio de lo anterior, y para efectos del análisis que se realiza en el presente trabajo, vale la pena revisar y hacernos cargo de las discusiones y los argumentos planteados durante los trabajos preparatorios de la Convención Internacional que defendían (y defienden, en base a los mismos argumentos) la inclusión de agentes no estatales autónomos del Estado en la conducta de la desaparición forzada y su ulterior responsabilidad por la misma.

¹⁶⁵ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p. 161.

¹⁶⁶ Para profundizar en este tema ver CLAPHAM, Andrew (2014) “Focusing on Armed Non-State Actors”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (editores), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*.

¹⁶⁷ *Ibid.*

Un primer argumento dice relación con el hecho de que los agentes no estatales pueden ser responsables de violaciones de derechos humanos, aunque no participen de la creación del Derecho Internacional, por cuanto éste debe adaptarse a las nuevas necesidades y al riesgo de nuevas violaciones por parte de sujetos capaces de llevarlas a cabo.¹⁶⁸ La disciplina debe tener un carácter evolutivo que se adapte con flexibilidad a la realidad.¹⁶⁹

Al respecto, y tal como se afirmó en el capítulo anterior, la posición que defiende este trabajo no niega que los agentes no estatales no puedan ser responsables de violaciones de derechos humanos, cosa que, bajo ciertos criterios ya se reconoce en el ámbito del Derecho internacional humanitario y de los Derechos Humanos. Sin perjuicio de lo anterior, para efectos de responsabilizar directamente a los mismos se hace necesario que previamente exista y se estipule, en un instrumento internacional vinculante, dicha obligación internacional, para efectos de exigir su cumplimiento por parte de estos sujetos. Desde dicha posición, tal como reconoce el Grupo de Trabajo, los agentes no estatales “autónomos” pueden llevar a cabo actos similares a la desaparición forzada, pero en ningún caso estrictamente desapariciones forzadas por cuanto éstas requieren de la participación estatal, tal como defiende el presente trabajo. Entender que dicha conducta, tal como está definida en la Convención Interamericana y la Convención Internacional, puede ser llevada a cabo por agentes no estatales sin participación alguna del Estado implica negar la misma naturaleza de la desaparición forzada.

En ese entendido, y tal como abordaremos someramente en el Capítulo V, afirmamos que se requiere crear un instrumento internacional vinculante que estipule la obligación explícita y específica de no cometer desapariciones o actos asimilables a las desapariciones forzadas por este tipo de agentes.

Un segundo argumento planteado en los trabajos preparatorios, como plantea SFERRAZA, responde a la afirmación de que, ante la posibilidad de responsabilizar a los agentes no estatales, los Estados intentarían evadir su responsabilidad en los hechos. Al hacerse cargo de dicho argumento el profesor afirma que las violaciones de los derechos humanos pueden generar una pluralidad de regímenes de responsabilidad tanto a nivel individual como estatal,¹⁷⁰ por lo que

¹⁶⁸ CLAPHAM, Andrew (2006), *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press.

¹⁶⁹ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p. 163.

¹⁷⁰ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p. 162.

una protección integral de los derechos humanos requiere que los diferentes regímenes de responsabilidad puedan aplicarse armónicamente. En efecto, por ejemplo, para el caso de las organizaciones políticas en el caso del Estatuto de Roma, si además se da en el contexto de un crimen de lesa humanidad, se genera la responsabilidad penal del individuo que ha cometido el delito. Dado lo anterior, si se constata la responsabilidad individual, deberá constatarse también si debe responder el Estado por su participación o falta de diligencia debida. En este caso, si procede la responsabilidad del mismo, el Estado no podría eludir su responsabilidad. Citando a CARRILLO, “[...] la protección de los derechos humanos no supone la desaparición de las obligaciones estatales de respeto y protección”.¹⁷¹

Al respecto, si bien compartimos la posición del profesor, afirmamos nuevamente que, para efectos de responsabilizar internacionalmente al Estado, o a los agentes no estatales en el ámbito de la responsabilidad penal individual, se requiere que exista o se encuentre plasmada dicha obligación en un instrumento internacional, y tal como afirmamos, sería forzoso aplicar cualquier de las Convenciones para efectos de responsabilizar a los agentes no estatales. En ese sentido, el argumento no defiende dicha posibilidad.

Un tercer argumento afirma que la práctica de la desaparición forzada no es un delito que sea cometido únicamente por agentes estatales, en efecto, agrupaciones militares y grupos armados han participado en la comisión generalizada y sistemática de desapariciones forzadas, tal como planteó la delegación de Sri Lanka. La delegación rusa insistió por su parte en que agentes no estatales tales como terroristas y fuerzas militares insurgentes debían ser tratadas igual que los actores estatales, como otro sujeto activo, mientras que las delegaciones de Centro y Sur América argumentaron en sentido contrario, distinguiendo dos tipos de hechos ilícitos que requerían medidas distintas. Al respecto, la argumentación se basó en parte en el hecho de que el vínculo entre los agentes no estatales y el Estado no siempre es nítido y puede difuminarse con el tiempo. En dicho sentido, tal como se agregó en el número anterior, autores como NOWAK aceptaron esta posibilidad argumentando que “[...] Dado que la ocultación de todos los hechos relacionados con este delito forma parte de la definición, suele ser sumamente difícil saber si los perpetradores actuaron con o sin "la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado".¹⁷²

¹⁷¹ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 163, Nota N° 155.

¹⁷² CDH, E/CN.4/2002/71, *op. cit.*, p. 43

Sin perjuicio de que finalmente se optó por dejar fuera a los agentes no estatales que no actuaran con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, quienes argumentan que aún debe tomarse en cuenta el hecho de que dichos agentes “sí cometen desapariciones forzadas” afirman definitivamente que éste ha dejado de ser un delito esencialmente estatal, sin negar el hecho que de todas formas se deberá analizar el caso concreto para determinar las características del agente para determinar el vínculo con el Estado.¹⁷³ Interpretamos que lo que se propone es; dado que los instrumentos internacionales efectivamente no incluyen a este tipo de agentes, debe reconocerse que existen sujetos que comenten desapariciones asimilables en gravedad y características a la desaparición forzada de personas que describen los instrumentos internacionales. Lo anterior no lleva sin embargo a concluir que las definiciones deben interpretarse de forma amplia para efectos de sumar a estos actores.

Otro argumento, dice relación con los aspectos probatorios del hecho ilícito, especialmente con la impunidad que rodea generalmente la desaparición forzada. En efecto, la impunidad, o más bien la ocultación de los hechos que configuran la desaparición forzada dificulta enormemente la prueba del vínculo entre agentes no estatales y estatales. En razón de lo anterior, se planteó que para efectos de asegurar la “plena protección” contra la desaparición forzada, el instrumento debía, al menos en lo que respecta al derecho penal interno, aplicarse al Estado y a los agentes no estatales.¹⁷⁴

Al respecto, es interesante que NOWAK proponga que la inclusión de los agentes no estatales debe “al menos” reconocerse en el derecho penal interno lo que a nuestro juicio presenta cierta inconsistencia con la definición de desaparición forzada que se maneja. En efecto, al plantear dicho argumento NOWAK pone por ejemplo los actos de agentes indirectos del Estado tales como escuadrones de la muerte o movimiento guerrilleros y grupos paramilitares que combaten al Gobierno en Colombia donde efectivamente, desde ambos sectores se utilizó la práctica de secuestro o desapariciones de personas. Implícitamente el profesor propone que en este caso se establezca, para los Estados parte de la Convención Internacional, la obligación de tipificar dentro de su ordenamiento penal interno los actos de esta naturaleza como un delito autónomo.

¹⁷³ SFERRAZA (2019), *op. cit.*, p. 164.

¹⁷⁴ *Ibid*, refiriéndose a la posición de NOWAK en CDH, E/CN.4/2002/71, p. 43

A nuestro juicio el argumento resulta inconsistente por cuanto el autor plantea la posibilidad de incluir a agentes no estatales, pero, al mismo tiempo, distingue la desaparición forzada como hecho ilícito en el ámbito internacional (y como obligación de no hacer para los Estados), de actos similares realizados por parte de agentes no estatales que puedan ser penados internamente por parte de los Estados en los cuales se cometen. Es decir, a nuestro juicio no entrega argumentos que permitan reconocer a estos agentes como sujetos de la obligación internacional de no cometer las conductas de desapariciones forzadas propiamente tales. En el mismo sentido GIOURGOU reconoce que el autor acepta esta posición.¹⁷⁵

Un último argumento planteado en los trabajos preparatorios dice relación con la perspectiva de las víctimas. Según algunos autores, dado que el fundamento último de instrumentos internacionales como la Convenciones es la dignidad del ser humano, “[...] es evidente que la aplicación de los mecanismos destinados a su protección debe proceder con independencia del tipo de sujeto que incurre en la violación”.¹⁷⁶ Al respecto, sin negar la posición, creemos que la aplicación de los mecanismos de protección debe realizarse en base a un razonamiento claro y a una interpretación adecuada tanto de los mismos mecanismos como de las definiciones de los hechos que violan sus derechos para efectos de aplicar las reglas de atribución de responsabilidad y reparación forma correcta. Las reglas de atribución de responsabilidad deben ser claras y en este caso, debe tenerse en cuenta que la base para aplicarlas es una comprensión acabada de lo que esencialmente es y se define como “desaparición forzada”. En este sentido, si una persona es detenida y desaparecida por particulares sin vínculo alguno al Estado, deben aplicarse entonces las reglas generales internas de responsabilidad frente a dichos sujetos y, sólo si el Estado tenía conocimiento del riesgo y existió falta de diligencia, o derechamente apoyo, autorizó o toleró estos actos, como se revisará más adelante, podrá entonces responder por dichos actos.

¹⁷⁵ GIOURGOU (2013), *op. cit.* pp. 1013-1014.

¹⁷⁶ SFERRAZA (2019) refiriéndose a CARRILLO (2013), pp. 4-5, 15, 18 y 20; y CLAPHAM (2010), p. 563-564.

Como se afirmó, las delegaciones optaron por finalmente excluir los agentes no estatales sin vínculo al Estado dejando sin embargo el controvertido Artículo 3º,¹⁷⁷ tal como ya se abordó en el número 1º del presente Capítulo.

Argumentos más recientes surgen de una crítica a la fórmula que se adoptó finalmente en la Convención Internacional. Para SFERRAZA, sin perjuicio que la CED adoptó la tesis tradicional, la realidad actual del fenómeno “*obliga a reinterpretar*” la lectura del Artículo 2º, que contiene la definición de la desaparición forzada, y del Artículo 3º, asumiéndose que el tratado reconoce, al menos implícitamente, la plausibilidad de la comisión de desapariciones forzadas por agentes no estatales. Afirma en este sentido que “*Si no se asume esta conclusión, no sería posible justificar la incorporación del art. 3 a un tratado cuyo objeto específico de regulación es la desaparición forzada.*”¹⁷⁸

Al respecto, afirmamos que independientemente que se acepte la posibilidad de que agentes no estatales vulneren este derecho, de ello no se sigue necesariamente que se deba reinterpretar lo anterior para efectos de ubicarlos al mismo nivel que el Estado o a agentes no estatales con vínculo al Estado tal como indica el Artículo 2º. En este sentido, la distinción entre sujetos activos es clara, y aunque confuso, el origen del Artículo 3º fue justamente dejar a cada Estado la regulación de estas conductas “asimilables” o “equivalentes” a la desaparición forzada, entendiendo de todas formas que esta última solo puede ser cometida por los sujetos indicados en el Artículo 2º.

4. Los criterios de atribución de responsabilidad del Estado por conductas de agentes no estatales en la desaparición forzada: su uso y delimitación para determinar el sujeto activo

En el sistema de responsabilidad internacional, por regla general, el Estado se hace responsable de actos que constituyen ilícitos internacionales de agentes no estatales en dos supuestos. Primero, los que tiene lugar como consecuencia de una *obligación de garantía* y, en

¹⁷⁷ Artículo 3 establece que “*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.*”

¹⁷⁸ SFERRAZA (2019), *op.cit.*, p. 167.

segundo lugar, los que tienen lugar como consecuencia de la violación de una *obligación de respeto*.¹⁷⁹

En efecto, en el marco de la Convención Americana, la responsabilidad del Estado surge en el momento en que se violan obligaciones generales, de carácter *erga omnes*, de respetar y garantizar las normas de protección consagradas en los artículos 1.1.¹⁸⁰ y 2¹⁸¹, agregando la CIDH en este sentido que “[...] las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma [...]”.¹⁸²

Del artículo 1.1. se puede afirmar que surgen dos obligaciones generales:

En primer lugar, la obligación de *respetar* los derechos y libertades reconocido en la Convención Americana. Si eso lo traducimos a los distintos instrumentos internacionales que tratan la materia, para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se trataría de la obligación de respetar los derechos y prohibiciones reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la CIPDF y, respecto de la Convención Internacional, la obligación respetar el derecho que se establece en Artículo 1º,¹⁸³ Al respecto, la Corte Interamericana ha determinado el contenido y el alcance reiterando que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana, y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.¹⁸⁴ Se trata por tanto de un deber general de respeto o abstención que se podría calificar como una *obligación de no hacer*.¹⁸⁵

¹⁷⁹ BALLESTEROS MOYA, Vanessa (2013), La atribución al Estado del Comportamiento de los Particulares en el Ámbito de la Responsabilidad Internacional, *Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La-Mancha, Facultad de Derecho*, Albacete, pp. 561 y 562.

¹⁸⁰ Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁸¹ Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁸² MEDINA (2009), *op. cit.*, p. 93.

¹⁸³ CIPPDF. Artículo 1 1. “Nadie será sometido a una desaparición forzada.”

¹⁸⁴ CIDH (1988), *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 165.

¹⁸⁵ BALLESTEROS (2013), *op. cit.*, p. 633.

En segundo lugar, surgiría la obligación *garantía*, que consiste justamente en que el Estado se vea obligado garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, a toda persona sujeta a su jurisdicción, lo cual implica deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras mediante las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, previniendo, investigando y, si es del caso, juzgando y sancionando toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como procurando el restablecimiento el derecho vulnerado (de ser posible) y reparando los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹⁸⁶

De esta forma, desde un análisis del hecho ilícito de la desaparición forzada, existe por una parte el derecho de toda persona a no ser sometida a la desaparición forzada en el entendido que se trata de un derecho absoluto, y por el otro, la obligación del Estado a no participar de la comisión de dicha práctica. Esta última obligación se traduce por lo tanto en la obligación de *no hacer*, esto es, de abstenerse a dichas conductas violatorias de este derecho absoluto, pero también en la obligación del Estado de garantizar que dicho derecho pueda ser ejercido. En el caso particular, la obligación de garantía se entiende como la obligación por parte del Estado de tomar aquellas medidas para que el derecho de no ser sometido a la desaparición forzada no pueda ser violado por quienes pueden efectivamente llevar a cabo dicha conducta.

4.1. La obligación de respeto

Como se afirmó, la obligación de respeto representa un deber negativo para el Estado que consiste en la abstención de llevar a cabo conductas que violen derechos humanos a través de sus agentes¹⁸⁷, es decir, representan verdaderas prohibiciones para el Estado y los órganos que lo componen. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación de respeto puede ser violada por agentes estatales no sólo mediante acciones, esto es, en aquellos casos donde se comete por ellos mismos o participando activamente en los actos cometidos por un particular, sino que también a través de conductas omisivas en relación con la concreta violación cometida, esto es, cómo se verá,

¹⁸⁶ MEDINA (2009), *op. cit.*, pp. 94-95.

¹⁸⁷ SFERRAZA (2014), *op. cit.*, p. 201.

cuando los agentes estatales toleran la comisión de dichas conductas cuando son llevadas a cabo por parte particulares.¹⁸⁸

Respecto de la desaparición forzada, el Estado viola directamente la obligación de respeto al derecho de no ser sometido a ella.¹⁸⁹ En efecto, la Convención Internacional consagra el derecho de toda persona a no ser sometido a una desaparición forzada,¹⁹⁰ como un derecho fundamental absoluto e independiente, mientras que la Convención Interamericana no lo contempló en términos explícitos si no que únicamente reconoció su naturaleza pluriofensiva.

Como bien plantea SFERRAZA, la existencia de un derecho de esta naturaleza implica un reconocimiento indiscutible de la importancia de la lucha contra este fenómeno y de su consideración como un fenómeno específico y autónomo.¹⁹¹

Dicho derecho también es absoluto, es decir, no es susceptible de derogación y definitivamente no deja lugar a la interpretación. En este sentido VERMEULEN afirma que la prohibición de violar este derecho humano en ningún caso es ambigua. Así se establece en el Artículo 1° al afirmar que “*Nadie será sometido a una desaparición forzada.*”, y el Artículo 2° afirma su carácter absoluto al establecer que “*En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada*”, es decir, en ningún caso es justificable.¹⁹²

Asimismo, como agrega SFERRAZA; “[...] En ese sentido, este derecho se erige como un principio general y en esa calidad debe ser utilizado para la interpretación y aplicación de las diversas obligaciones consagradas en la Convención Internacional.”¹⁹³

De esta forma, la obligación de respeto se viola de dos formas; cuando el agente estatal es quien actúa directamente en la desaparición forzada, supuesto que no abordaremos por no verse

¹⁸⁸ BALLESTEROS (2013), *op.cit.*, p. 633.

¹⁸⁹ NOWAK, Manfred y MCArthur, Elizabeth (2008): “The United Nation Convention Against Torture. A Commentary”, *Oxford, Oxford University Press*, pp. 43 y 96.

¹⁹⁰ CIPPDF. Artículo 1 I. “Nadie será sometido a una desaparición forzada.”

¹⁹¹ SFERRAZA (2014), *op. cit.*, p. 205.

¹⁹² VERMEULEN (2012), *op. cit.*, p. 64.

¹⁹³ SFERRAZA (2014), *op. cit.*, p. 206.

controvertido; y cuando el agente estatal, indirectamente, esto es, a través de agentes que no forman parte de la estructura u orgánica estatal, participa dando su apoyo, autorización o aquiescencia, cuestión que se pasará a abordar.

4.1.1. Las nociones de autorización, apoyo, aquiescencia y tolerancia en la atribución de responsabilidad del Estado

Las nociones de autorización, apoyo, aquiescencia pasan a ser por tanto el fundamento de atribución de responsabilidad del Estado por los comportamientos de agentes no estatales que caen en la descripción de desaparición forzada.

Cómo se afirmó anteriormente, el “vínculo” entre agentes no estatales y el Estado viene enunciado en la definición de la desaparición forzada de los distintos instrumentos internacionales a través de los términos “autorización”, “apoyo” y “aquiescencia”. Se hace necesario por lo tanto determinar qué se entiende o bajo qué criterios se definen cada uno de estos conceptos para efectos de analizar la realidad de cada caso y determinar cuando efectivamente se presentan.

Sin perjuicio de lo anterior, estas nociones deben tratarse como fundamentos genéricos pues deben ser utilizados en supuestos fácticos distintos, es decir, el vínculo se determinará mirando las circunstancias concretas, las que inevitablemente pueden variar caso a caso. Por lo anterior se puede acudir a más de un criterio general de atribución de responsabilidad del Estado.¹⁹⁴

Tal cómo ha afirmado la Corte Interamericana: “Para establecer que se ha producido una violación de derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de los autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido *apoyo o tolerancia* del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención (cursivas añadidas)”.¹⁹⁵

¹⁹⁴ BALLESTEROS (2013) *op.cit.*, p. 634.

¹⁹⁵ CIDH, *Caso de los Diecinueve Comerciantes vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Cosas, Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 141.

Para lo anterior, es importante tener en consideración algunas cosas. La primera es saber que dicho vínculo puede adoptar distintas características por lo que puede ir desde conductas activas que involucran visiblemente a agentes estatales en las desapariciones de personas cometidas por agentes no estatales, hasta conductas más pasivas como la mera tolerancia de dichos actos. Asimismo, cabe tomar en cuenta que en ciertos casos establecer dicho vínculo puede ser notoriamente difícil por cuanto los agentes no estatales raramente llevan una existencia estática, éstos evolucionan y cambian a lo largo del tiempo, lo que genera complicaciones a la hora de determinar el involucramiento del Estado. Según evidencia documentada, muchas veces estos grupos tienden en un principio a cometer desapariciones bajo la protección y el apoyo material del Estado, y luego a escapar totalmente de dicho control llegando a adquirir total independencia de éste. En efecto, ese fue el caso de los grupos paramilitares en Colombia.

Desde lo anterior, cobra importancia los criterios bajo los cuales se interpretan las nociones de autorización, apoyo y aquiescencia. Cómo se afirmó, dichas nociones deben ser por tanto amplias y no pueden definirse con absoluta precisión dado que deben abarcar un amplio espectro de casos de desaparición y vínculos entre partes de diversa naturaleza.

Para PEREZ SOLLA, la *autorización* consiste en una orden directa del Estado.¹⁹⁶ Para otros autores, la autorización parece más bien hacer referencia a una especie de permiso fáctico y antijurídico para la comisión del crimen, entendido como la ausencia de una prohibición estatal de cometer la desaparición.¹⁹⁷ De cualquier forma, pareciera que la autorización requiere de todas formas una conducta activa por parte del Estado más que la mera ausencia de una prohibición, algo que pareciera caer más en la idea de aquiescencia o tolerancia.

Respecto de la noción de *apoyo*, BALLESTEROS plantea que lo podemos interpretar en un doble sentido, entendiéndose en un primer sentido como la prestación de ayuda o facilidades previas a la comisión de la desaparición forzada por parte del Estado (lo que podría incluir armar, entrenar o financiar a los agentes no estatales) o bien, en un segundo sentido, como la participación activa de los agentes en la comisión, esto es, cuando se verifican conductas activas

¹⁹⁶ PEREZ SOLLA, María Fernanda, (2006), “Enforced Disappearances in International Human Rights”, *Jeffers McFarland & Company*, p. 12.

¹⁹⁷ SFERRAZA (2014), *op. cit.*, p. 59

en el momento que tiene lugar el ilícito.¹⁹⁸ En otro sentido, PEREZ SOLLA afirma que el *apoyo* equivale al consentimiento estatal.¹⁹⁹

Al respecto, la CIDH se refiere en términos generales al *apoyo* prestado por el Estado en el inicio del surgimiento de los paramilitares, entendiendo aquél como ayuda y facilidades concedidas con anterioridad a los hechos en cuestión. Como apunta BALLESTEROS, pareciera que en realidad el término *apoyo* se utiliza por la CIDH más como sinónimo de *colaboración*, esto es, cuando existe una participación más activa en la comisión del hecho ilícito, cuestión que a nuestro juicio se debe definir conceptualmente por cuanto si el Estado prestara colaboración directamente en la comisión del delito eso lo situaría como coautor y por ende actor directo. En este sentido, prestar *apoyo* a agentes no estatales en la comisión de la desaparición forzada no significa que colabore en la comisión directa ya que en ese caso se lo responsabilizaría por sus hechos propios, más bien que, como se indicó, significa que preste facilidades o bien que dé su consentimiento, tal como indica PEREZ SOLLA.

Respecto del concepto de *aquiescencia*, GIORGOU propone que debe hacerse una distinción entre aquellos casos donde no existe la voluntad por parte del Estado de prevenir y castigar actos similares a los que se definen como desaparición forzada, de aquellos casos donde verdaderamente existe inhabilidad del Estado de tomar control de la situación y aplicar medidas para prevenir y reprimir dichos actos. Para la autora, cuando no existe voluntad del Estado para hacerse cargo de dichos actos, dicha situación calificaría como *aquiescencia*. Por el contrario, si el Estado se ve inevitablemente imposibilitado de tomar medidas porque quienes cometen estos actos tienen fuerzas que superan la capacidad del Estado u ocupan con autoridad un territorio, como una organización criminal que termina reemplazando al Estado, en estos casos no existiría dicho vínculo, esto es, no habría *aquiescencia* y por ende no podría responsabilizarse al Estado por estos actos.²⁰⁰ Por ende, para GIORGOU la *aquiescencia* es una forma pasiva de participación estatal que incluye aprobación, acuerdo o consentimiento, pero que puede adoptar varias manifestaciones expresas o tácitas y que puede ser otorgada antes o después de la perpetración del crimen.²⁰¹ Al respecto, pareciera que GIORGOU da un concepto impreciso de

¹⁹⁸ BALLESTEROS (2013), *op. cit.*, p. 646

¹⁹⁹ PEREZ SOLLA (2006), *op. cit.*, p. 12.

²⁰⁰ GIORGOU (2013), *op.cit.*, p. 1014.

²⁰¹ SFERRAZA (2019), *op.cit.*, p. 159.

la *aquiescencia* por cuanto la confunde con las nociones de *apoyo* y *autorización* a las que ya nos hemos referido.

Al respecto, otros autores entienden un concepto más general de *aquiescencia*, afirmando que en el Derecho Internacional se refiere a situaciones de inactividad o pasividad de un sujeto, en este caso el Estado, frente a una reclamación, o ciertos hechos, que generan efectos jurídicos obligatorios.²⁰²

Sin perjuicio de las definiciones revisadas, vale la pena revisar el desarrollo de la jurisprudencia en este sentido para efectos de reafirmar una noción de estos conceptos que sea efectivamente aplicable al ámbito del Derecho Internacional.

Tal cómo se abordó en el segundo capítulo, la CIDH comenzó a reconocer la responsabilidad del Estado por agentes no estatales, desde sus primeros casos, es decir, los llamados casos *hondureños*.²⁰³

Desde el desarrollo de dichas nociones en la jurisprudencia, en el caso *Blake vs. Guatemala*, donde se revisaba la responsabilidad del Estado por la detención, interrogación y posterior desaparición del periodista Nicholas Blake y el fotógrafo Griffith Davis a manos de las “Patrullas de Autodefensa Civil”, la CIDH estimó respecto de los agentes no estatales que éstos “[...] actuaban efectivamente como agentes del Estado durante la época en que ocurrieron los hechos relevantes al presente caso (...) tenían una *relación institucional con el Ejército*, realizaban actividades de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas y, aún más, *recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas* del Ejército guatemalteco y operaban bajo su *supervisión*, y a esas patrullas se les atribuían varias violaciones de derechos humanos, incluyendo ejecuciones sumarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas [...] En consecuencia, la Corte declara que la *aquiescencia* del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas *deben ser consideradas como agentes del Estado*, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas

²⁰² MÜLLER, Jorg Paul y COTTIER, Thomas (1992): “Acquiescence”, en “Bernhardt, Rudolf (director), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam-London-New York-Tokyo, Noth-Holland), t. I, p. 14 en SFERRAZA (2019), *op.cit.*, p. 159, Nota 102.

²⁰³ MEDINA (2017), *op.cit.*, p. 102, nota 23 haciendo referencia a los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *op.cit.*; *Godínez Cruz vs. Honduras*, *op.cit.*; *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Hondura*, *op.cit.*

practicados [...] (cursiva agregada).²⁰⁴ En este sentido, la CIDH, por el estrecho vínculo existente entre las “Patrullas de Autodefensa Civil” y el estado guatemalteco, estimó que las mismas debían ser consideradas “agentes del Estado”.

Sin perjuicio de que no queda claro si dicha imputación se hizo aplicando el estándar de “control global” u “órganos *de facto*”²⁰⁵ en la sentencia, lo relevante del fallo es que identificó el vínculo entre ambos por la relación institucional o claramente visible de apoyo, autorización, tolerancia y consentimiento que existía entre dichos agentes.

Por su parte, en la sentencia de caso de los *Diecinueve Comerciantes vs. Colombia*, la CIDH responsabilizó al Estado por la ejecución extrajudicial de diecinueve comerciantes a manos de la agrupación militar “Asociación de Campesinos y Ganaderos del Magdalena Medio” que supuestamente comercializaban con la guerrilla, haciendo la distinción entre éstos y agentes estatales y determinando que en este caso el grupo paramilitar actuaba con el *apoyo y tolerancia* del Estado colombiano. En efecto, para este caso la CIDH determinó que “[...] el Caso de los 19 Comerciantes es representativo de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos por grupos paramilitares con la *aquiescencia, apoyo y colaboración* de miembros de la Fuerza Pública”.²⁰⁶

En este caso, la Comisión IDH desarrolló dos argumentos para fundamentar la decisión de responsabilidad por estos actos; por una parte, se afirmó que el Estado de Colombia *propició, alentó y fortaleció* el paramilitarismo, es decir, entregó su *apoyo* desde el inicio de estos grupos, como mecanismo de lucha contrainsurgente -especialmente contra las guerrillas marxistas que buscaban derrocar al gobierno colombiano-, tolerando las violaciones de derechos humanos, y con ello las desapariciones tanto de individuos que formaban parte de dichas organizaciones guerrilleras como de la población civil. Por el otro lado, la CIDH estimó que en el caso particular, de todas formas existió *participación activa* de agentes estatales en los hechos.²⁰⁷ Sin perjuicio de lo anterior, por cuanto había transcurrido dos años de la transformación notoria de los grupos de autodefensa en grupos delictivos, la CIDH, declaró que Estado colombiano era

²⁰⁴ CIDH, *Blake vs Guatemala* 1998, Fondo, Serie C, N° 4, 29 de julio de 1988., párrs. 75 a 78.

²⁰⁵ SFERRAZA (2014), *op.cit.*, p. 475.

²⁰⁶ Escrito de alegatos finales presentados por la Comisión IDH en caso *Diecinueve Comerciantes vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 3.

²⁰⁷ BALLESTEROS (2013), *op.cit.*, p. 637.

internacionalmente responsable por no haber tomado las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las actividades de los grupos de autodefensa.²⁰⁸ Reconociendo el estrecho vínculo entre ambas partes, se tomaron en cuenta informes que frente a los actos de los grupos paramilitares los militares en algunos casos *fingían no percatarse* de lo que ocurría, o *bien los apoyaban*, concediendo salvoconductos a sus integrantes e impidiendo investigaciones al respecto.²⁰⁹

Del análisis de estas nociones por una parte nos queda claro que, frente a casos de *apoyo y autorización*, el vínculo entre agentes no estatales y agentes estatales queda claramente visible, es decir, la relación entre ambas partes es tangible por cuanto se traduce en conductas activas por parte del Estado; ya sea en la creación de los mismos grupos o en su posterior apoyo material, o dándole directamente órdenes para la realización de ciertos actos. Por el otro lado, y por cuanto que la jurisprudencia no ha sido suficientemente clara, no termina de quedarnos clara la naturaleza del vínculo en aquellos casos en que los agentes no estatales actúan con la *aquiescencia* del Estado, si aceptamos que, justamente y *a contrario sensu*, se trata de una conducta más bien pasiva, o como sinónimo de *tolerancia* por parte del Estado frente a la existencia de los agentes no estatales o los actos que se califican como el ilícito internacional cometidos por los mismos.

En este sentido, como bien indica BALLESTEROS, da la impresión que el concepto de *aquiescencia* se utiliza indistintamente para referirse, tanto al comportamiento concreto que tienen los agentes estatales en relación al hecho concreto, consistente en *tolerar, permitir o consentir* la comisión del ilícito por parte de particulares, como a vínculo entre ambos, donde el Estado presta *ayuda o facilidades* previas a la comisión, o incluso a una cierta actitud general más bien pasiva por parte del Estado ante la existencia de los paramilitares *propiciada y consentida* por su normativa.²¹⁰

Frente a dicho problema, como plantea SFERRAZA, bien puede inferirse que la *aquiescencia*, se utiliza como un estándar de diligencia debida para responsabilizar al Estado por

²⁰⁸ CIDH, Caso de los *Diecinueve Comerciantes vs. Colombia*, *op.cit.*, párr. 124.

²⁰⁹ BALLESTEROS (2013), *op.cit.*, p. 643.

²¹⁰ *Íbid*, p. 645.

no actuar o adoptar las medidas necesarias para prevenir la desaparición forzada,²¹¹ cuestión que abordaremos en el punto número 4.2.1 del presente capítulo.

En unos y otros casos, pareciera que la CIDH aborda en dichas nociones tanto conductas activas que, o bien propician la existencia de dichos grupos, o bien los apoyan materialmente, como conductas pasivas que más bien no prohíben y toleran la existencia y los actos de estos grupos. En estos casos se apoyan las nociones de “apoyo y tolerancia” a los que se refiere la CIDH para atribuir responsabilidad al Estado por actos de agente no estatales.

Sin perjuicio del análisis que se ha realizado, vale concluir que en todos los casos y nociones que se han revisado, el vínculo entre agentes estatales y particulares que habían cometido desapariciones pareciera ser bastante estrecho y notorio. Surgen únicamente dos cuestiones al respecto que no quedan del todo claras. La primera sería la confusa noción de *aquiescencia*, como se abordó, y la segunda dice relación con las conductas activas más no “directas” de los agentes estatales en la comisión del ilícito internacional. En este último sentido, surge el debate sobre la posibilidad de utilizar otro criterio de atribución de responsabilidad que ofrece el Sistema Internacional de Derechos Humanos, relacionado a la idea de la complicidad. En efecto, el argumento plantea que se debe considerar la posibilidad de aplicar la Convención Americana como *lex specialis* que desplazaría los criterios analizados para efectos de atribuir responsabilidad al Estado por hechos de agentes no estatales en el ámbito de la obligación de respeto que tiene el mismo a sus obligaciones internacionales, tal como se pasará a abordar a continuación.

4.1.2. Aplicación de la Convención Americana para fundamentar la atribución de responsabilidad: ¿ley especial en materia de atribución?

El debate surge a propósito del caso *Mapiripán vs. Colombia*. Este caso se refiere a la desaparición forzada de cincuenta personas cometidas por las “Autodefensas Unidas de Colombia”, en un ataque que fue cuidadosamente planificado por las partes involucradas, esto es, el Estado, obrando a través del Ejército, y este grupo paramilitar. Con todo, la participación del Estado fue desde la logística y el apoyo material en los hechos, por cuanto proporcionó, entre

²¹¹ SFERRAZA (2014), *op.cit.*, p. 477.

otras cosas, uniformes, armamento y vehículos para desplazar a las fuerzas paramilitares, hasta actos omisivos como la no intervención en el desplazamiento de los grupos al lugar de los hechos y en los actos de desaparición que posteriormente ocurrieron en Mapiripán.²¹²

Cuando se debatía la responsabilidad del Estado en estos actos, la defensa del Estado reconoció la responsabilidad internacional de conformidad a la Convención Americana,²¹³ por la actuación irregular de sus agentes, pero afirmó que no debía hacerse responsable de los actos de los actos de los grupos de autodefensa indicando “[...] Atribuir los actos de miembros de dichos grupos de autodefensa al Estado como si fueran sus agentes y pretender generarle al Estado responsabilidad internacional por esos actos sería contrario al Derecho Internacional [...]”,²¹⁴ agregando que “[...] los grupos de autodefensa tienen completa autonomía organizacional y financiera, tienen una estructura con sus propios mandos y dirigentes a quienes sus miembros reconocen como la “Autoridad de la Organización”, lo cual implica el total desconocimiento de las autoridades legítimamente constituidas y constitucionalmente reconocidas, y los ubica por fuera de la institucionalidad del Estado en su estructura y financiamiento [...],²¹⁵ de forma tal que no se daba el elemento de “*control efectivo*”, tal como se abordará en el punto 4.3. del presente trabajo, criterio que se consideraba como necesario para atribuir responsabilidad al Estado por actos de particulares bajo las reglas del Derecho Internacional. En este sentido, la defensa argumentó que debían aplicarse las reglas del Derecho Internacional por cuanto no existían reglas específicas en la CADH en la materia.

Respondiendo a los argumentos esgrimidos por la defensa, la CIDH rechazó dicha interpretación y afirmó que la Convención Americana tiene un carácter especial en el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos y que consagra sus propias reglas de imputación en los artículos 1.1. y 2, relativos a las obligaciones de respeto y garantía.²¹⁶ Al respecto, la CIDH estimó que “[...] dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos *vis-à-vis* el Derecho Internacional general. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad

²¹² CIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Serie C, N° 134, 15 de septiembre de 2005, párrs. 96.21-96.67 y 116.

²¹³ *Íbid*, párr. 97 (a).

²¹⁴ *Íbid*, párr. 97 (b)

²¹⁵ *Íbid*, párr. 97, (e)(i)

²¹⁶ SFERRAZA (2014), *op.cit.*, p. 482

internacional al Estado, así como los alcances y efectos del reconocimiento realizado en el presente caso, deben ser efectuados a la luz de la propia Convención”²¹⁷ agregando que “Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [...] Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.”²¹⁸

Ahora bien, como apunta MEDINA en este sentido, sin perjuicio que la Corte Interamericana reconoce que la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos se extiende a la garantía y protección de dichos derechos en las relaciones inter-individuales, es decir, entre particulares, también ha precisado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares dentro de su jurisdicción, por cuanto el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía o de respeto a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de éstos frente a cualquier acto de particulares.²¹⁹ En efecto, la regla general en Derecho Internacional es que los Estados no se les imputa responsabilidad por actos cometidos por particulares.²²⁰

Desde dicha premisa se hace necesario preguntarse entonces por cuáles actos de particulares debe responsabilizarse al Estado y cómo se configura dicha responsabilidad de tal forma que respondan en el ámbito internacional reparando a las víctimas.

Al respecto, como indica la CIDH en la sentencia citada anteriormente, el Estado tiene la obligación positiva de “[...] adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales [...],”²²¹ de forma tal que, si el Estado no toma aquellas medidas, existe por su parte *falta de diligencia* para prevenir los actos de particulares que en consecuencia violan los derechos consagrados en la Convención Americana y los demás instrumentos internacionales. La responsabilidad internacional del Estado se

²¹⁷ CIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, op. cit., párr. 107.

²¹⁸ CIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, op. cit., párr. 112

²¹⁹ MEDINA (2009), op.cit., p. 100.

²²⁰ TAYLOR, L. (2009). *La responsabilidad de los estados parte en el sistema interamericano de derechos humanos*. Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, 43(3), p. 408.

²²¹ CIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 112.

configura por lo tanto a título de *falta diligencia* para prevenir los actos que violan los derechos referidos, o, dicho de otra forma, la responsabilidad no se imputa por las actuaciones de particulares, si no por la omisión del Estado de tomar aquellas medidas para prevenir, castigar, y en última instancia, compensar el daño causado,²²² tal como se abordará en el siguiente capítulo.

4.2. Obligación de garantía

La obligación de garantía del Estado se traduce por su parte en obligaciones afirmativas o positivas que obligan a éste a la adopción y creación de aquellas medidas y condiciones necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos y, entre ellas, las que tienen el objetivo de impedir la violación de dichos derechos por parte de particulares.²²³

De la obligación de garantía surgen por lo tanto distintas obligaciones concretas o positivas para el Estado entre las que se encuentran la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones a derechos humanos.²²⁴

En este entendido, no se atribuye responsabilidad al Estado por su participación directa en actos que violan estos derechos, es decir, no se atribuye responsabilidad por actos de particulares que afectan derechos humanos si no que se atribuye responsabilidad al Estado *por incumplimiento a obligaciones garantía*²²⁵ que se establecen en los instrumentos internacionales que le son vinculantes. En efecto, el elemento subjetivo se concreta pues son los órganos del Estado los que *de iure*, violan la obligación de garantía al no adoptar las medidas exigidas de protección (el elemento objetivo), constituyéndose así el hecho internacionalmente ilícito.²²⁶

4.2.1. La debida diligencia y el deber de prevención como estándar de atribución de responsabilidad al Estado

Lo anterior tiene sentido si se considera que en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos no hace en general un análisis subjetivo de los hechos para determinar la responsabilidad del Estado, es decir, no toma en consideración elementos de naturaleza

²²² TAYLOR, L. (2009). *op.cit.*, p. 408.

²²³ SFERRAZA (2014), *op.cit.*, p. 201.

²²⁴ *Íbid*, p. 202.

²²⁵ BALLESTEROS (2013), *op.cit.*, p. 574.

²²⁶ *Íbid*.

sicológica, o la intención o motivación del agente que viola los derechos protegidos, sino más bien, las circunstancias que se dieron para que se cometiesen los actos violatorios,²²⁷ de allí la importancia del análisis del contexto o las circunstancias de los hechos. En este sentido, la CIDH ha afirmado que “Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la *debida diligencia* para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. [...] En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos [...]”.²²⁸

El Estado tiene por tanto la obligación de tomar aquellas medidas suficientes para que los derechos consagrados en la Convención no sean violados por los particulares. Dicha obligación es parte de sus deberes de garantía, como se afirmó, y se traduce en cumplir el estándar o principio de *diligencia* frente a la protección de dichos derechos. Ahora bien, dicho deber se traduce en ciertos actos que se esperan del Estado, en efecto, la CIDH ha precisado que el Estado tiene el deber de prevenir, razonablemente, las violaciones de los Derechos Humanos, de investigar seriamente y con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, e imponerles sanciones pertinentes además de asegurar a las víctimas una adecuada reparación.²²⁹

Respecto del deber de prevención, la CIDH ha indicado que “[...] deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”.²³⁰

²²⁷ TAYLOR (2009), *op.cit.*, p. 405.

²²⁸ CIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. op.cit.*, párr. 172.

²²⁹ *Íbid.*

²³⁰ *Íbid.*, p. 175.

Con base al estándar de debida diligencia, los tribunales internacionales, específicamente el TEDH y la CIDH han elaborado un criterio de atribución adicional, denominado generalmente como *la teoría del riesgo previsible y evitable*.²³¹ Dicha teoría, también referida como “doctrina de las obligaciones positivas”,²³² afirma que el Estado es responsable por actos que resulten en violaciones a los derechos humanos si éste falló en adoptar medidas para su protección en una situación determinada que implicaba un riesgo real e inminente.²³³ También se refieren a una nueva vertiente de la misma denominada como la “*doctrina del riesgo creado*”, según la cual el Estado está obligado a proteger a los particulares frente a riesgos que él mismo ha creado, y surgiendo en este caso un deber particular de desactivar la situación de riesgo que ha creado²³⁴ o, dicho de otra forma, le es atribuible al Estado los actos de particulares por cuanto este ha propiciado la situación de riesgo,²³⁵ cuestión que resulta especialmente relevante en el contexto de grupos paramilitares creados inicialmente por el Estado.

Aplicándose la teoría del riesgo del TEDH,²³⁶ la CIDH también lo incorporó en la resolución del caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* al afirmar que “un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, *pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo*” (cursivas añadidas).

²³¹ LÓPEZ CARDENAS (2017), *op.cit.*, p. 246

²³² *Ibid.*, *op. cit.*, Nota N° 926, p. 246.

²³³ Dicho criterio fue desarrollado, por primera vez en el caso *Osman vs. Reino Unido* por el TEDH. TEDU. Case of Osman v. The United Kingdom (Application no. 23452/94), Court (Grand Chamber), Judgment (Merits and Just Satisfaction), 28/10/1998, Reports 1998-VIII. ECLI: CE: ECHR: 1998:1028JUD002345294, párr. 116

²³⁴ ABRAMOVICH, V. (2010). Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (6), pp. 167-182. doi:10.5354/0718-2279.2011.11491

²³⁵ LOPEZ CÁRDENAS (2017), *op.cit.*, p. 249.

²³⁶ TEDU (1998), *Osman vs. Reino Unido*, *op. cit.*, párr. 116.

Asimismo, según ABRAMOVICH, para aplicar la doctrina del riesgo en términos generales (y no específicamente del riesgo creado) se requiere la presencia de cuatro elementos en la situación determinada.²³⁷

i. La *existencia de una situación de riesgo real o inmediato* que amenace derechos de particulares, es decir, no puede ser meramente hipotético o eventual. Asimismo, dicho riesgo no puede ser remoto, es decir, debe existir la posibilidad cierta de materializarse en lo inmediato.²³⁸

ii. La *amenaza a un individuo o grupo determinado*, es decir, que exista un riesgo particularizado. En este sentido, debe acreditarse que dicho riesgo recae sobre una persona individualizada o un grupo determinado ya que las situaciones de riesgo general que afectan a la colectividad no pueden ser amparados bajo este supuesto.²³⁹

iii. El *conocimiento del riesgo por parte del Estado*, esto es, el conocimiento por parte de agentes estatales de la existencia del riesgo determinado, o el *supuesto de que razonablemente debía conocerlo o preverlo*.²⁴⁰ Respecto del conocimiento del riesgo, debe evidenciarse que las agencias estatales habían obtenido información sobre dicha situación, pero respecto del elemento de la previsibilidad del riesgo, esto es, la posibilidad de establecer cierta presunción de conocimiento del riesgo, esto se asocia más bien con el rol de vigilancia o monitorización de dichas situaciones que establece la Convención Americana u otros instrumentos internacionales, y las propias características de la situación determinada. Dichas obligaciones generalmente se establecen respecto de ciertos grupos sociales y sectores determinados de la población (violencia contra las mujeres, desplazados internos, prácticas de racismo).²⁴¹ Por otro lado, la presunción de conocimiento del riesgo también se aplica para situaciones que, por su envergadura, por su extensión en el tiempo, o porque obedecen a prácticas o patrones de carácter sistemático hacen presumir dicho conocimiento por parte del Estado.²⁴² Ahora bien, reconociendo la dificultad de

²³⁷ ABRAMOVICH, V. (2010). *op.cit.*, pp. 167-182.

²³⁸ Para un concepto de “riesgo real e inmediato” ver caso CIDH, *Ríos y otros vs. Venezuela* (2009), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 2009. Serie C, N° 194, párr. 110.

²³⁹ LÓPEZ CARDENAS (2017), *op.cit.*, p. 248

²⁴⁰ *Íbid.*

²⁴¹ ABRAMOVICH (2010), *op.cit.*, p. 10.

²⁴² *Íbid.*

prueba en el primer caso, la jurisprudencia ha señalado que, desde el conocimiento de la violación del derecho, surge un deber de debida diligencia estricta para el Estado, de tal manera que la carencia de acción por parte de las autoridades constituye el elemento de atribución de responsabilidad.²⁴³

iv. *La posibilidad razonable de prevenir o evitar la materialización del riesgo.* Para poder imputar la responsabilidad se requiere entonces, primero, que el riesgo sea evitable y que el Estado esté en condiciones de adoptar aquellas medidas que eviten la materialización del riesgo. En este sentido, debe analizarse, además de los factores de riesgo presentes, si el Estado contaba con la capacidad operativa por parte de sus funcionarios públicos para actuar en el escenario determinado, entendiendo por capacidad operativa tanto la situación subjetiva de los agentes como aspectos más generales como la idoneidad de las respuestas estatales, tales como la insuficiencia del sistema legal, el déficit de las políticas públicas o la debilidad de las agencias competentes.²⁴⁴

Presentándose, por lo tanto, los cuatro elementos enunciados, podrá considerarse que el Estado ha violado su *deber de garantía* al omitir actuar tomando aquellas medidas positivas que las circunstancias requerían para evitar la violación de los derechos humanos a manos de particulares. Es por ello que se configura su responsabilidad frente a las víctimas.

En este sentido, la doctrina del riesgo o la del “riesgo creado” no puede aplicarse de manera generalizada si no que debe atender a las circunstancias concretas de cada caso.²⁴⁵

²⁴³ LÓPEZ CARDENAS (2017), *op.cit.*, p. 248. Dicho criterio se aplicó en el caso *Caso Gonzáles y otras vs. México*. En efecto, la CIDH afirmó en dicho caso que “[...] el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un **deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres**, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. **Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.**” CDH (2009), *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Párr. 283.

²⁴⁴ ABRAMOVICH (2010), *op.cit.*, p. 10.

²⁴⁵ CIDH (2005), *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 123.

Ahora bien, llevándolo al análisis para la configuración de la responsabilidad del Estado como sujeto activo de la desaparición forzada cometida por agentes no estatales, revisamos al respecto dos conclusiones.

La primera conclusión afirma que, dado que la teoría del riesgo no contempla la participación directa del Estado en las conductas que violan el derecho humano consistente en no ser sometido a desaparición forzada, es incorrecto señalar que al aplicar dicha teoría se configura su responsabilidad por ser efectivamente el sujeto activo en la misma. En efecto, la conducta no es realizada por agentes del Estado si no por agentes no estatales.²⁴⁶ En este sentido, y paradójicamente, se configura de todas formas su responsabilidad por incumplimiento a sus obligaciones de garantía y la aplicación en este sentido del estándar de debida diligencia que le es igualmente aplicable.

En este sentido, y como segunda conclusión, debe considerarse lo que se abordó en el punto número 4.1.1. anterior respecto del concepto de *aquiescencia*. Tal como se afirmó, frente a la ambigua noción de *aquiescencia* que ha faltado ser conceptualizada por los tribunales internacionales, como plantea SFERRAZA, bien puede inferirse que ésta ha sido utilizada como un estándar general para efectos de aplicar la diligencia debida para responsabilizar al Estado por no actuar y adoptar las medidas necesarias para prevenir la desaparición forzada,²⁴⁷ conclusión que compartimos si interpretamos que *aquiescencia* se utiliza como sinónimo de *tolerancia*, esto es, como un actitud pasiva frente a la existencia de los agentes no estatales o los actos que se califican como el ilícito internacional cometidos por los mismos.

Por lo tanto, se imputa responsabilidad al Estado por la actitud negligente y descuidada de sus autoridades que no tomaron aquellas medidas necesarias para evitar las desapariciones a manos de particulares teniendo conocimiento de dichas situaciones. Su tolerancia o *aquiescencia* frente a los hechos, desde una perspectiva de la doctrina del riesgo y el estándar de la debida diligencia, es el elemento que finalmente vincula al Estado con los hechos y que lo hace responsable, lo anterior, a nuestro juicio, siempre que se presenten los requisitos enunciados anteriormente.

²⁴⁶ *Ibid*, 250.

²⁴⁷ SFERRAZA (2014), *op.cit.*, p. 477.

4.3. Regla del control en la atribución de responsabilidad del Estado por actos de agentes no estatales

Otro criterio de atribución utilizado en el sistema internacional de los derechos humanos para atribuir responsabilidad al Estado por actos de particulares que violan los derechos humanos se trata del estándar o noción de *grado de control*, cuestión que ha generado controversia en su determinación. En efecto, existen nociones distintas si se mira la jurisprudencia de la CIJ y la del TPIY.

Remitiéndonos a lo enunciado en el Capítulo II respecto de las nociones de *control general* y *control efectivo*, quienes apoyan la primera jurisprudencia de la CIJ, afirman que se debe aplicar la regla del *control efectivo*, esto es, la existencia de un control sobre las operaciones específicas cometidas por actores no estatales para atribuir responsabilidad al Estado²⁴⁸ -cuestión que podríamos interpretar que cabe dentro de una relación de apoyo o autorización por parte de agentes estatales- de tal forma que los actos cometidos por fuera de ese control, es decir, bajo la autonomía decisional del grupo, no podían ser atribuidos al Estado.²⁴⁹ Dicho de otra forma, el Estado se hace responsable de hechos ilícitos cuando hubiere instruido de manera específica a dichos agentes para la realización de estas conductas. Adicionalmente, la CIJ especificó los requisitos que debían presentarse para entender que se presentaba la regla de control efectivo, diferenciándola de aquellos casos donde existía plena dependencia entre ambas partes.²⁵⁰ De esta forma, la Corte impuso un estándar estricto para efectos de imputar responsabilidad al Estado y fue por esto que el TPIY desarrolló un criterio más flexible.

En efecto, el TPIY prefiere aplicar por su parte un estándar de *control global o conjunto* para atribuir dicha responsabilidad y no de *control efectivo*, bastando para ello que el Estado coordine o ayude en la planificación general de las actividades del grupo no estatal.²⁵¹ El criterio desarrollado por el TPIY no exige por tanto la existencia de instrucciones específicas por parte de agentes estatales.

²⁴⁸ SFERRAZA (2020), *op.cit.*, pp. 19-20.

²⁴⁹ LOPEZ CÁRDENAS (2017), *op.cit.*, p. 235.

²⁵⁰ SFERRAZA (2014), *op.cit.*, p. 431.

²⁵¹ SFERRAZA (2014), *op.cit.*, p. 427.

Sin adentrarnos en la discusión doctrinaria que existe al respecto, por exceder el objeto del presente trabajo, vale afirmar respecto de este criterio de atribución que hay casos de la CIDH, como *Mapiripán vs. Colombia* en que la defensa ha intentado convencer al tribunal de que, no existiendo control efectivo no es posible atribuir responsabilidad al Estado. Al respecto, como afirma SFERRAZA, siendo difícil de probar el control efectivo para atribuir responsabilidad, por cuanto no es usual que los Estados dirijan todas y cada una de las operaciones de un grupo no estatal, es preferible aplicar un criterio menos estricto, y en este sentido aplicar el criterio de control global. A su juicio, la esencia del control consiste justamente en que el Estado no eluda su responsabilidad internacional acudiendo a organizaciones externas a su estructura orgánica y citando el caso Tadić, “A los Estados no les está permitido, por un lado, actuar a través de individuos *de facto* y por otro lado disociarse de semejantes conductas cuando esos individuos violan el Derecho internacional”.²⁵²

Lo anterior no se contradice con argumentos que se han presentado en la jurisprudencia de la CIDH, especialmente respecto de su posición frente a la utilización de grupos paramilitares por parte del Estado, tal como se abordó anteriormente, para efectos de eludir sus obligaciones de respeto y garantía a los derechos humanos y de esta forma su responsabilidad en el ámbito internacional frente a actos violatorios de los mismos. En casos como *Blake vs. Guatemala* se refleja precisamente este criterio de imputación, aunque, como se mencionó, no termina de quedar claro si la CIDH aplicó justamente el criterio de *control global* o más bien un estándar “órganos *de facto*”.²⁵³

Ahora, sin perjuicio de las discusiones que existen respecto del grado de control existente entre agentes estatales y agentes no estatales como criterio de imputación de responsabilidad, a nuestro juicio lo relevante es la verificación del vínculo existente entre ambas partes de tal forma que quede establecido una relación que quepa bajo las nociones de apoyo, autorización, tolerancia y consentimiento ya abordadas entre los agentes.

²⁵² SFERRAZA (2020), *op.cit.*, p. 24.

²⁵³ SFERRAZA (2014), *op.cit.*, p. 475.

V. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE AGENTES NO ESTATALES SIN VÍNCULO AL ESTADO POR DESAPARICIONES FORZADAS DE PERSONAS

El concepto de agente no estatales todavía no está suficientemente desarrollado en doctrina o jurisprudencia y tampoco encontramos sentencias que efectivamente responsabilicen agentes no estatales por actos de desapariciones considerándolos como posibles sujetos activos. Si nos basamos en las distinciones que hace HUHLE, en el presente capítulo nos estaríamos refiriendo a grupos de oposición política que pelean contra el Estado; grupos de oposición armada que han logrado convertirse en gobierno o cuasi-gobiernos, o cualquier otra entidad que asume funciones estatales *de facto*; y criminales u organizaciones criminales sin fines políticos y no directamente vinculados a agentes gubernamentales, entre otros. Como se afirmó, puede tratarse de rebeldes, insurgentes o movimientos insurreccionales, agrupaciones terroristas transnacionales, criminalidad organizada vinculada al narcotráfico, a la trata de personas o a las desapariciones de migrantes, e incluso empresas de seguridad privada. Para el caso que se revisa, se trata en general de entidades o agrupaciones que, teniendo cierto poder fáctico sobre una determinada población y/o territorio, han llegado a detener a civiles impidiéndoles ejercer sus derechos ante la justicia y negado la información a las familias o a la sociedad sobre su destino o paradero.

Desde el análisis de los actos que cometen estos grupos existen en efecto diversos autores que desde el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario,²⁵⁴ proponen el reconocimiento en el ámbito internacional de agentes no estatales sin vínculo al Estado, es decir, que se los considere efectivamente como sujetos de obligaciones internacionales.

Lo anterior se propone desde un análisis de fenómenos tales como la globalización, la privatización de los servicios públicos, la movilización de capitales extranjeras, la expansión de instituciones multilaterales, la fragmentación de los Estados, la nueva naturaleza de conflictos y sus actores;²⁵⁵ incluyendo también la debilitación de los Estados en el ejercicio de la autoridad

²⁵⁴ CLAPHAM, Andrew (2010): “Non-State Actors”, en Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta y Sivakumaran, Sandesh (editores), *International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 561-582.

²⁵⁵ ALSTON, Philip (2005), *op. cit.*, p. 17.

pública y en el monopolio de la fuerza²⁵⁶ frente a conflictos internos o que trascienden sus fronteras; así como la proliferación de conflictos armados contemporáneos y asimétricos,²⁵⁷ en el entendido de que dichos fenómenos han permitido el protagonismo y fortalecimiento de agentes no estatales, y con ello la posibilidad de que cometan violaciones a los derechos humanos. Asimismo, también encontramos fenómenos como el terrorismo y su alcance transnacional.

Sin perjuicio de lo anterior, la noción de que agentes no estatales o particulares pueden responsabilizarse por las vulneraciones de derechos humanos u obligaciones de respeto establecidas en el ámbito del derecho internacional presenta dificultades en principio por la forma en que está diseñado el actual sistema de responsabilidad internacional. En efecto, este se basa en la doctrina voluntarista que emplea una concepción dualista según la cual el individuo obligado por el derecho interno- no puede transgredir las normas de Derecho Internacional por cuanto este sistema ha sido organizado a través de una serie de obligaciones que más bien se imponen al Estado.²⁵⁸

Lo anterior es comprensible si es que se tiene en consideración que los derechos humanos fueron diseñados desde su origen para limitar el poder público del Estado sobre sus súbditos. Es por ello que deben aplicarse al Estado, en principio, como depositario de dicho poder.²⁵⁹ Ahora bien, frente a fenómenos que hacen surgir justamente a grupos que materialmente pueden violar derechos humanos con una capacidad asimilable a un Estado, vale preguntarse si corresponde hacerlos igualmente responsables en el ámbito internacional por las violaciones que pudiesen cometer. Lo anterior es conveniente porque en muchos casos los mecanismos del Estado o el derecho interno resultan ser insuficiente para efectos de resguardar y reparar a las víctimas.²⁶⁰

En este sentido, la discusión se centra respecto de la idea del particular como sujeto de obligaciones internacionales y, por ende, como posible sujeto activo en violaciones de las

²⁵⁶ BORZEL, Tanja A. y RISSE, Thomas (2013): "Human Rights in Areas of Limited Statehood: the New Agenda", en A.A.V.V., *The Persistent Power of Human Rights: from Commitment to Compliance* (Cambridge, Cambridge University Press).

²⁵⁷ CLAPHAM (2010), *op. cit.*, pp. 563-564.

²⁵⁸ LOPEZ CÁRDENAS (2017), *op. cit.*, p. 251.

²⁵⁹ RONEN, Yael (2013), "Human Rights Obligations of Territorial Non-State Actors", *Cornell International Journal* Vol. 46, p. 22.

²⁶⁰ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 24.

mismas, o el reconocimiento de su capacidad en este ámbito para efectos de que eventualmente responda ante las víctimas.

Parte de la doctrina niega dicha posibilidad señalando que “[...] tratar de extender el concepto de derechos humanos, que tiene connotaciones jurídicas y políticas muy precisas, para equiparar con la responsabilidad del Estado la de grupos insurgentes, terroristas, o delincuentes comunes, es una forma muy sutil de intentar eludir las obligaciones que le corresponden al Estado”.²⁶¹

Como se abordó anteriormente, el debate también se presentó durante los trabajos preparatorios de la Convención Internacional optándose por excluir los agentes no estatales de la definición, pero agregando en el Artículo 3 que “Los Estados parte 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”. De esta forma, se entiende en este instrumento -al igual que en la Convención Interamericana- que los agentes no estatales que actúan sin vínculo al Estado no pueden ser el sujeto activo en la concepción tradicional o bajo las definiciones que se dan de la desaparición forzada. Pero al mismo tiempo reconoce que agentes no estatales pueden cometer dichas conductas (o conductas asimilables) como ha entendido el Grupo de Trabajo, cuestión de la que deben hacerse cargo los Estados en su ordenamiento interno.

Es claro, a nuestro juicio y tal como se plantea en esta tesis, que los instrumentos internacionales que definen la desaparición forzada excluyen la posibilidad de que esta sea cometida por agentes no estatales sin vínculo al Estado.

Al respecto, autores como SFERRAZA que abogan por una interpretación flexible, plantean por su parte que sí es posible argumentar que en estos casos se puede responsabilizar al Estado por los actos de agentes no estatales sin vínculo al mismo. Sin perjuicio de lo anterior, los argumentos del profesor, que apoyan la teoría de la desestatación de la desaparición forzada nos parecen en ciertos aspectos ambiguos. No nos queda claro cómo concluye que agentes no estatales sin vínculo al Estado pueden comprenderse en las definiciones internacionales. En este

²⁶¹ LEDESMA, (2004), *op.cit.*, p. 17.

sentido, el profesor afirma por una parte que los agentes no estatales sí pueden vulnerar derechos humanos, cuestión que también compartimos, pero luego afirma que es el Estado el que debe responder de todas formas por estos actos violatorios bajo el estándar de debida diligencia ya abordado y en atención a la situación de riesgo.²⁶² Al respecto, a nuestro juicio es importante dar claridad y distinguir los distintos casos, esto es, por una parte, a la definición de la desaparición forzada y, por la otra, a los estándares aplicables en el ámbito internacional de los derechos humanos para efectos de atribuir responsabilidad al Estado por actos de particulares. No se requiere para ello reinterpretar las definiciones internacionales.

Atendiendo a la definición de desaparición forzada, esta práctica esencialmente debe vincularse al Estado, como se ha afirmado, incluso cuando es cometida por agentes no estatales, ya que en dichos casos debe verificarse que existió autorización, apoyo o aquiescencia por parte del mismo.

Si el vínculo no queda claro y las desapariciones fueron cometidas por agentes no estatales, debe revisarse en ese supuesto si es que acaso existió falta de debida diligencia por parte del Estado, habida consideración de la situación de riesgo que existía, lo anterior, en aplicación de reglas de atribución de la Convención Americana por interpretarse como *ley especial*.

De no existir vínculo o deber alguno por parte del Estado, nos encontramos frente a actos de particulares que pueden y deben ser investigados y sancionados por Estado a un nivel interno, entendiéndose en estos casos que se violan normas de otra índole y no de desaparición forzada (la cual solo puede darse en los casos enunciados).

Si los remedios internos no son suficientes, como suelen serlo en el caso de estos nuevos conflictos a los que ya nos referimos, entonces nos encontramos frente a una zona gris en el ámbito de la desaparición forzada. Es desde este punto del cual planteamos que se hace necesario un instrumento internacional vinculante o una modificación de los instrumentos existentes, de tal forma que se reconozca a estos grupos o agentes en el ámbito internacional y como posibles sujetos activos en la desaparición forzada. En este sentido, un nuevo concepto de desaparición forzada se hace necesario por cuanto el existente impide esta interpretación. Como afirmamos,

²⁶² SFERRAZA (2014). *op. cit.*, p. 551.

entender que se incluye a agentes no estatal sin vínculo al Estado significaría diluir la naturaleza misma de la desaparición forzada de personas tal como hoy se define, por cuanto esencialmente necesita de la participación en algún grado por parte del Estado.

No vemos razón para impedir dicha posibilidad. Tal como ya se ha hecho en instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario, o incluso actualmente en el Derecho Penal Internacional (que, aunque con algunas inconsistencias, admite las posibilidad de que la desaparición forzada sea perpetrada por “organizaciones políticas”), en este caso se hace necesario desarrollar la posibilidad de que agentes no estatales puedan quedar obligados a respetar e incluso garantizar la protección de este derecho para efectos de que, eventualmente puedan ser estos agentes quienes se hagan responsables y puedan responder ante las víctimas y la comunidad internacional por sus actos.

VI. CONCLUSIONES DEL TRABAJO

El tema que abordamos en la presente tesis es complejo y aún existen zonas grises en donde tanto desde la doctrina especializada como desde las instancias internacionales se debe realizar un esfuerzo para superarlas. En este sentido, las distintas interpretaciones que se han revisado en el presente trabajo no pueden sin embargo llegar a desconocer la naturaleza de la desaparición forzada tal como se encuentra definida en los instrumentos internacionales. En efecto, afirmamos que reconocer en este sentido a los agentes no estatales sin vínculo al Estado como el sujeto activo de esta práctica significaría diluir el concepto mismo de este hecho ilícito.

Confirmamos por lo tanto nuestra tesis según la cual planteamos que “si no existe vínculo alguno entre el Estado y los agentes no estatales, se debe rechazar la posibilidad bajo la cual se responsabilice internacionalmente al primero por los actos de desapariciones forzadas que cometan los segundos, por cuanto el Estado debe estar necesariamente involucrado conforme a la definición contenida en la Convención Interamericana y los demás instrumentos internacionales”.

Lo anterior por las siguientes razones que se abordaron en el trabajo y que pasamos a abordar someramente.

Desde un análisis de los elementos que definen la desaparición forzada, concluimos que el Estado resulta ser esencial para su configuración, en efecto:

i. Desde una revisión de las dos conductas que configuran la desaparición forzada, esto es, la ‘privación de libertad’ y la ‘denegación de información sobre el paradero o destino de la víctima’, el Estado se manifiesta necesariamente en la segunda por cuanto son los agentes estatales quienes soportan el deber jurídico de informar sobre la situación jurídica de la víctima.

ii. Asimismo, si se configura la privación de libertad, pero no se configura la denegación de información, se estará frente a otras figuras de delitos particulares tal como sería el secuestro.

iii. Frente al elemento de la definición de desaparición forzada consistente en la ‘sustracción de la ley’, en tanto consecuencia de las conductas enunciadas, éste también involucra necesariamente al Estado por cuanto la sustracción de la ley se traduce en la imposibilidad del detenido de acceder a los mecanismos de protección que otorga la ley y, dado que solo el Estado se ve en la posición fáctica de impedir o imposibilitar ese acceso, ya que es quien tiene el deber de asegurar la aplicación de la misma y permitir el ejercicio de esos derechos y garantías, se concluye necesariamente que es necesario su involucramiento.

iv. Como se afirmó, incluso si en las definiciones de desaparición forzada que se han revisado se excluyera la mención al Estado como sujeto activo, subsistiría igualmente la presencia del mismo implícitamente en los otros dos elementos que configuran la conducta, o al menos en la denegación de información sobre el paradero o destino del detenido, e inevitablemente también estaría en la consecuencia de la misma, esto es, a sustracción del individuo de la protección de la ley.

En segundo lugar, respecto de que es preciso determinar el alcance interpretativo de lo que se entiende por “*personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*”, para efectos de no incluir en ella a agentes no estatales cuyo vínculo al Estado no puede comprobarse, se hace necesario a lo menos tomar en consideración los siguientes puntos:

i. Desde una conceptualización de los agentes no estatales, se distingue entre aquellos que actúan con vínculo al Estado de los que no, aquellos que podrían llamarse agentes no estatales “puros”. En el primer caso, el vínculo viene dado por los términos de “autorización, apoyo y aquiescencia” indicados en las definiciones revisadas del hecho ilícito.

ii. Lo anterior se vería respaldado por la distinción que la misma Convención Internacional realiza en el Artículo 3, cuando establece la obligación al Estado de investigar aquellos actos de “desapariciones” cuando “*sean obra de personas o grupo de personas que actúen sin la autorización, el apoyo, o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables*”.

Ahora bien, frente a diversos fenómenos contemporáneos donde se producen actos “asimilables” o que “pueden equivaler” (en palabras del Grupo de Trabajo) a actos de desaparición forzada, a manos de agentes no estatales que cada vez logran mayor control territorial, político y económico, vale la pena revisar los criterios esgrimidos por la Corte Interamericana y revisar así también todos aquellos supuestos que existan en el ámbito de los Derechos Humanos para efectos de, no solo responsabilizar a quién corresponda pero, sobre todo, para efectos de reparar a las víctimas.

iii. Al respecto, sin perjuicio de tener claras las nociones de *apoyo y autorización* para verificar el vínculo al Estado, la noción de *aquiescencia*, por su parte, se relaciona más bien a una actividad pasiva del Estado frente a actos de agentes no estatales que, si caen en los supuestos desarrollados desde la *doctrina del riesgo*, como se abordó, se configura la responsabilidad del Estado de todas formas y sobre todo por un incumplimiento al estándar de “debida diligencia”.

iv. Por último, frente a la zona gris y de desprotección que existe en aquellos casos en que el Estado no se hace responsable por actos asimilables a la desaparición forzada por ser llevados a cabo por agentes no estatales sin vínculo al Estado, planteamos que corresponde y se hace necesario que el Derecho Internacional se haga cargo de dicha situación y se plantee generar un instrumento vinculante para efectos de responsabilizar a estos sujetos concretamente. Para ello, redefinir la desaparición forzada o bien generar un “segundo tipo” o un concepto de “segunda generación” de desaparición forzada para

hacerse cargo de la realidad actual se hace tremendamente necesario y no vemos razón alguna para responsabilizar a este tipo de agentes cuya naturaleza y características los hacen materialmente cada vez más asimilables a los Estados.

Con el presente trabajo buscamos justamente revisar el sujeto activo actual de la desaparición forzada y, determinar su alcance en el ámbito internacional de los Derechos Humanos, para efectos de saber cuándo es o no posible responsabilizar al Estado por dicho ilícito internacional. Esperamos arrojar claridad respecto del análisis y el razonamiento que debe seguirse para efectos de, por una parte, no continuar deformando o diluyendo el concepto contenido en los instrumentos internacionales por medio de interpretaciones ambiguas y, por el otro lado, concluir que es necesario realizar un segundo esfuerzo para efectos de obligar el respeto de este derecho y eventualmente responsabilizar a los agentes no estatales sin vínculo al Estado de tal manera que también respondan ante quienes sufren finalmente las consecuencias de esta terrible práctica, reconociendo que, las definiciones actuales resultan ser insuficientes para dicho fin.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABRAMOVICH, V. (2010). Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (6), pág. 167-182. doi:10.5354/0718-2279.2011.11491.
2. ALSTON, Philip (2005): “The ‘Non-a-Cat’ Syndrome: Can International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?”, en Alston, Philip (editor), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford, Oxford University Press).
3. AMBOS, Kay y BOHM, María Laura (2009), “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparado internacional y propuesta legislativa”, en AMBOS, Kai y CORREA, Juliana (coordinadores) (2009) “*Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional* (Bogotá, Temis), pp. 195-255.
4. ANDERSON, Kirsten (2007), “How effective is the ‘International Convention for the protection of all Persons from Enforced Disappearance’ likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearances?” En *Melbourne Journal of International Law* (Vol. 7), pp. 247-277.
5. ANDREU-GUZMÁN, Federico (2001): “*The Draft International Convention on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance*” en: “*The Review (International Commission of Jurists)*(Nº 62-63), pp. 73-106.
6. APSI: Nº 285-296, 2 de enero a 20 de marzo de 1989. Disponible en Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-82014.html>. "Las Huellas del General Contreras". Santiago 30 de enero al 5 de febrero 1989, pp. 8-10.
7. BALLESTEROS MOYA, Vanessa (2013), La atribución al Estado del Comportamiento de los Particulares en el Ámbito de la Responsabilidad Internacional, *Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La-Mancha, Facultad de Derecho, Albacete*.
8. BORZEL, Tanja A. y RISSE, Thomas (2013): “*Human Rights in Areas of Limited Statehood: the New Agenda*”, en A.A.V.V., *The Persistent Power of Human Rights: from Commitment to Compliance*, Cambridge, Cambridge University Press.

9. CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto (2013), “International Law for Humankind: Towards a new *Gus Gentium*”, *Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers*.
10. CARRILLO SANTARELLI, Nicolás (2006), “La Protección y promoción de los derechos humanos frente a violaciones no estatales por los órganos internacionales” en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (Nº 26), pp. 1-21.
11. CLAPHAM, Andrew (2006), “Human Rights Obligations of Non-State Actors”, *Oxford, Oxford University Press*.
12. CLAPHAM, Andrew (2010): “Non-State Actors”, en Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta y Sivakumaran, Sandesh (editores), *International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 561-582.
13. CLAPHAM, Andrew (2014) “Focusing on Armed Non-State Actors”, en Andrew Clapham y Paola Gaeta (editores), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*.
14. COURTNEY, Jocely (2010), “Enforced Disappearances in Colombia: a Plea for Synergy between the Courts” *International Criminal Law Review*, 10(5).
15. CUYAS, Esteban (1996), “La "Operación Condor": El Terrorismo De Estado De Alcance Transnacional”, *Revista KO'AGA ROÑE'ETA SE.VII* - <http://www.derechos.org/vii/1/cuyas.html>
16. DAWN PALEY (2018), “Capitalismo Antidrogas. Una guerra contra el Pueblo”, *Sociedad Comunitaria de Estudios Estratégicos y Libertad bajo palabra*, México.
17. DIEZ BACALSO, Mary Aileen (2007): “A Convention Protecting Persons from Enforced Disappearances- An Impertive” en: *Asian Federation against Involuntary Disappearance*.
18. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y GÓNGORA MAAS, Juan Jesús, (2020) “La Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: estándares e impacto en grupos vulnerables” en “Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos Balance, Impacto y Desafíos”, *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, México.

19. GALAIN PALERMO, Pablo, “Uruguay”, en AMBOS, Kai y CORREA, Juliana (coordinadores) (2009) “*Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional* (Bogotá, Temis), pp. 135-174
20. GIORGOU, Irena: “State Involvement in the Perpetration of Enforced Disappearance and the Rome Statute”, en: *Journal of International Criminal Justice* (Vol. 11), pp. 1001-1021.
21. HUHLE, Reiner (2013): “Non-State Actors of Enforced Disappearance and the UN Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance”, en *Humanitares Volkerrecht*, (Vol.26), pp 21-26.
22. LETURIA, Francisco J., “La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española”, *Rev. chil. derecho* [online]. 2018, vol.45, n.3, pp.647-673.
23. LÓPEZ CÁRDENAS, CARLOS MAURICIO (2017), “La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas”, Tesis Doctoral, *Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid*.
24. MCCRORY, SUSAN (2007): “The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance”, en: *Human Rights Review* (Vol. 7, N° 3), pp. 545-566.
25. MEDINA ARDILA, FELIPE, (2009); “La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares; análisis jurisprudencial interamericano”. *Ministerio de Relaciones Exteriores, Colombia*.
26. MEINI, IVÁN, “Perú”, en AMBOS, Kai y CORREA, Juliana (coordinadores) (2009) “*Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional* (Bogotá, Temis), pp. 107-130.
27. MÉNDEZ, JUAN y VIVANCO, JOSÉ MIGUEL (1990); “Disappearances and the Interamerican Court: Reflections on a litigations experience”, *Hamline law review*, Vol. 13, pp.507-578.
28. MODOLELL GONZÁLEZ, JUAN LUIS (2009): “La Desaparición Forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos”, en AMBOS,

Kai y CORREA, Juliana (coordinadores) *Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional* (Bogotá, Temis), pp. 180-193.

29. MULLER, Jorg Paul y COTTIER, Thomas (1992): “Acquiescence”, en “Bernhardt, Rudolf (director), *Encyclopedia of Public International Law (Amsterdam-London-New York-Tokyo, Noth-Holland)*, t. I, pp.14-16.

30. NADER Orfale, R. (2017). Debilidad del Estado y fragmentacion de lo local: los desafios de la LOOT. *Advocatus*, 2(29). DOI

31. NOWAK, Manfred y McArthur, Elizabeth (2008): “The United Nation Convention Against Torture. A Commentary”, *Oxford, Oxford University Press*.

32. PARAYRE, SONIA (1999): “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Vol. 29)*, pp. 25-67.

33. PÉREZ SOLLA, María Fernanda (2006): “Enforced Disappearances in International Human Rights”, *Jefferson, McFarland & Company*.

34. ROBLEDO-SILVESTRE, Carolina, QUERALES-MENDOZA. May-ek, (2020), Presentación del dossier; Desaparición de personas en el mundo globalizado: desafíos desde América Latina. *ICONOS Revista de Ciencias Sociales, N° 67, vol. XXIV* (2do. Cuatrimestre).

35. RONEN, Yael (2013), “Human Rights Obligations of Territorial Non-State Actors”, *Cornell International Journal Vol. 46*, [pp. 21-47].

36. RONIGER, Luis & SZNAJDER, Mario, (1999) *The Legacy of human Rights Violations in the Southern Cone. Argentina, Chile, and Uruguay. New York; Oxford University Press*.

37. SCOVAZZI, Tullio y CITRONI, Gabriella (2007): “The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nation Convention”, *Leiden-Boston, Martinus Nijhoff*.

38. SFERRAZA TAIBI, Pietro (2014), “La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y atribución”. *Universidad Carlos III de Madrid*.

39. SFERRAZA TAIBI, Pietro (2019), “La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N°1, pp.131-194.
40. SFERRAZA TAIBI, Pietro (2020), “Desapariciones forzadas por actores no estatales: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Íconos Revista de Ciencias Sociales*, N° 67, Vol. XXIV, pp. 17-37.
41. STERN, Brigitte. (2010) “The elements of an internationally wrongful act”. En “The law of international responsibility”, editado por James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson, *Oxford: Oxford University Press.*, pp.193-220.
42. TAYLOR, L. (2009). La responsabilidad de los estados parte en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Juridica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 43(3).
43. VERMEULEN, Marthe Lot (2012): *Enforced Disappearance. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, *Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia*.
44. WERLE, Gerhard (2011) y BURGHARDT, Boris (2012): “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a “State-like” Organization?”, en *Jornal of International Criminal Justice*, (Vol. 10), pp. 1151-1170.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988), *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, No. 7.
2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1989), *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo, Sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C N° 6.
3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1989), *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C N° 5.
4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Caso de los Diecinueve Comerciantes vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Cosas, Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N°. 109.

5. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Blanco Romero y otros v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C N°138.
6. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Gómez Palomino v. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.
7. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008), *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C N° 186Serie C N° 136.
8. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005) *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Fondo., 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134.
9. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Ríos y otros vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 2009. Serie C, N° 194.
10. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Ríos y otros vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 2009. Serie C, N° 194.

INFORMES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

1. COMITÉ CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS (CED) (2016), Observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/COL/CO/1, 27 de octubre de 2016.
2. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2005): *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. E/CN.4/2005/66, 10 de marzo de 2005.
3. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Observación General N° 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.
4. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2002), *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002.

5. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1974), *Primer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, Documento OEA/SER.L/V/II.34.
6. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1976), *Informe Anual de la CIDH*, Documento OEA/Ser.L/VII.40.
7. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1978), *Informe Anual de la CIDH*, Documento OEA/Ser.L/V/II.47.
8. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1980), *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina*” Documento OEA/Ser.L/V/II.49.
9. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1985), *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, Documento OEA/SER.L/V/II.66.
10. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, (2019): *Conclusiones y Recomendaciones*, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en. A/HRC/42/40, 30 de julio de 2019, par. 94.
11. INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR (2015), *A 40 años del Cóndor: De las coordinaciones represivas a la construcción d e políticas públicas regionales en derechos humanos*” Noviembre, 2005. [en línea: <http://www.raadh.mercosur.int/wp-content/uploads/2015/11/A-40-a%C3%B1os-del-C%C3%B3ndor.pdf>].