

Angura: 22:01 hrs.
Dia: 12/1/2004
Recibe: H. Bellotti "de quical"

CEJIL

0000378

CENTER FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW · CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL
CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL · CENTRE POUR LA JUSTICE ET LE DROIT INTERNACIONAL

San José, Costa Rica, enero 12 de 2004

Viviana Krsticevic
Directora Ejecutiva

Juan Carlos Gutiérrez
Director del Programa
para Centroamérica y
México

Liliana Tojo
Directora del
Programa para Brasil

Danielle Romanetti
Oficial de Proyectos
Washington

Susana García
Oficial de
Proyectos/Meso

Roxanna Altholz
Francisco Cox
Patricia Ferreira
Maria Clara Galvis
Soraya Long
Andrea Pochak
Raquel Talavera
Sean Obrien
Alejandra Nuño
Francisco Quintana
Oswaldo Ruiz
Abogados (as)

Lena Chávez
Jacqueline Nolley
Asociadas

Raquel Aldana
Pindell
Luguelly Cunillera
Asesoras Legales

Victor Abramovich
Benjamín Cuellar
Gustavo Gallon
Alejandro Garro
Sofía Macher
Helen Mack
Julieta Montaña
José Miguel Vivanco
Consejo Directivo

Señor
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario
Corte Interamericana de Derechos Humanos

CORTE I.D.H.
12 ENE 2004
RECIBIDO

Ref: Respuesta de los representantes de las víctimas al Escrito de respuesta del Estado, Caso
Molina Theissen Vs Guatemala

Respetado señor, reciba en nombre de los representantes de la víctima y sus familiares un respetuoso saludo. Por medio del presente escrito nos referiremos al escrito de excepciones preliminares presentado por el Estado de Guatemala. Mediante escrito de 7 de noviembre de 2003, la Honorable Corte nos informó que en el caso de la referencia el Ilustre Estado de Guatemala dio contestación a la demanda de la Comisión Interamericana, la cual fue entregada materialmente el día 10 del mismo mes y año. En razón que el Estado interpuso en su escrito excepciones preliminares se nos otorgó un plazo de treinta días (30) para presentar nuestros alegatos, el cual fue ampliado tanto para la Comisión Interamericana como para nosotros, hasta el día 12 de enero de 2004. En tal sentido el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) en nuestra condición de representante legal de la víctima y sus familiares nos dirigimos a Usted con el objeto de presentar por su intermedio a la Honorable Corte Interamericana nuestras observaciones al referido escrito.

1. Consideraciones preliminares ante la omisión del Estado de referirse al escrito de los Representantes de las víctimas y sus familiares

Llama la atención que el Estado omite referirse en el transcurso de todo su escrito, tanto a los argumentos de hecho, derecho y pretensiones de reparación presentadas por los representantes de las víctimas y sus familiares. En este sentido, consideramos pertinente advertir a la Honorable Corte de las implicaciones procesales de dicha omisión.

De una parte, el Reglamento de la Corte Interamericana establece en su artículo 23 la facultad que nos asiste para participar activamente durante todo el proceso (*locus standi in iudicio*). Así, una vez que la Corte notifica la demanda de la Comisión a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes legales de conformidad con el artículo 35, 4 del Reglamento, nos otorga un plazo de 30 días para la presentación de escritos, argumentos y pruebas, así como pretensiones en materia de reparaciones. De forma tal, que la constitución en parte dentro del proceso, nos coloca en una condición relevante que implica hacer uso de las facultades y obligaciones establecidas en el cuerpo normativo citado.

CEJIL es una organización no gubernamental sin fines de lucro con status consultivo ante la Organización de Estados Americanos (OEA), el Consejo Económico y Social de la ONU y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos - www.cejil.org

CEJIL/DC: 1630 Connecticut Ave. NW, Suite 401, Washington, D.C. 20009, EEUU Tel: (202)-319-3000 Fax (202)-319-3019 washington@cejil.org
CEJIL/MESOAMERICA: Apartado Postal 441-2010, San José, Costa Rica Tel: (506)-280-7473/7608 Fax (506)-280-5280
CEJIL/BRASIL: Av. Mal. Câmara, 350/707, Centro 20020-080 Rio de Janeiro, Brasil Tel: (55)-21-533-1660 Fax (55)-21-517-3280 brasil@cejil.org
CEJIL/Argentina: Rodríguez Peña 286, 1er piso, 1020 Buenos Aires, Argentina Tel: (541)-14-371-9968 Fax (541)-14-375-2075 argentina@cejil.org
CEJIL/Chile: c/o Universidad Diego Portales, Ave. República 105 Santiago, Chile Tel: (562)-676-2630 Fax (562)-676-2602 chile@cejil.org

Esto conlleva que, en el procedimiento ante la Corte podrán coexistir, y manifestarse tres posturas distintas; las de la presunta víctima (o sus representantes legales) como sujeto de derecho internacional de los derechos humanos, la de la Comisión Interamericana y la del Estado demandado. Como afirma el Presidente de la Corte: "Esta histórica reforma introducida en el Reglamento de la Corte sitúa a los distintos actores en perspectiva correcta; contribuye a una mejor instrucción dentro del proceso; asegura el principio del contradictorio, esencial en la búsqueda de la verdad y la prevalencia de la justicia en la Convención Americana."¹

Es en virtud de dichas facultades que el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) actuando legalmente como Representante de la Víctima y sus familiares, presentamos a la Corte Interamericana nuestro escrito de Demanda el 6 de octubre de 2003, en la cual desarrollamos ampliamente los hechos y nuestras pretensiones de derecho y reparaciones.

En este sentido, y ante la omisión estatal de referirse a nuestros argumentos, la honorable Corte deberá ser considerar esta actitud como una renuncia expresa de su oportunidad procesal para dar respuesta a nuestros planteamientos, establecida en el artículo 37.1 del Reglamento.

En tal razón y en virtud de esta situación procesal, solicitamos a la Honorable Corte que al resolver el caso, y actuando de conformidad con el artículo 37.2 de este cuerpo normativo, considere como aceptados aquellos hechos y pretensiones que no fueron controvertidas por el Ilustre Estado de Guatemala, contenidas en nuestro escrito de demanda.

Teniendo en cuenta, que el Estado cuestiona la admisibilidad de la demanda a favor de las víctimas que representamos, sometida ante esta honorable Corte por la Comisión Interamericana, los representantes de éstas, haciendo uso de nuestro derecho reconocido por el artículo 36 del Reglamento, procedemos a contestar y controvertir los argumentos del Estado en el presente caso.

2. Argumentos del Estado que fundamentan las excepciones preliminares

A. El Estado de Guatemala interpone excepción preliminar de incompetencia *Ratione Temporis* con respecto a los hechos que anteceden a la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte.

El Estado manifiesta que la Honorable Corte no tiene competencia para conocer sobre la presente demanda por violaciones a la Convención, ya que éste ratificó dicho instrumento el 25 de mayo de 1978, y aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 9 de marzo de 1987, interponiendo una reserva según la cual:

"(.) (Artículo 2) La aceptación de la competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace por plazo indefinido, con carácter general, bajo condiciones de reciprocidad y con reserva de que los casos en que se reconoce la competencia son exclusivamente los acaecidos con posterioridad a la fecha en que esta declaración sea presentada al secretario de la Organización de Estados Americanos"

En virtud de lo anterior, el Estado considera que la reserva hecha por Guatemala limita la competencia de la Corte exclusivamente a los casos acaecidos con posterioridad a la fecha de aceptación de la competencia. Al analizar los hechos relacionados con el caso concreto, el Estado ataca el argumento esgrimido por la Ilustre Comisión respecto de la calificación de la desaparición forzada como delito continuado con fundamento en la preeminencia del principio de irretroactividad de los Tratados y el de la validez de las reservas efectuadas por los Estados.

Según el escrito referido, al momento de producirse los hechos relativos a la detención y muerte del menor Marco Antonio Molina Theissen, en el año de 1981, no existía la tipificación del delito de desaparición forzada como delito continuado; y la Corte en virtud del principio de irretroactividad de los Tratados, no

¹ Antonio Augusto Cancado Trindade, *El futuro de la Corte Interamericana*, San José Costa Rica, 2003, pag. 51

puede aplicar jurisprudencia, tratados y declaraciones de derechos humanos que tienen su existencia después de el acaecimiento de los hechos objeto de la demanda.²

Considera el Estado que de acuerdo a los hechos, el menor Marco Antonio Molina, falleció en los días posteriores al 6 de octubre de 1981, "El lamentable fallecimiento de Marco Antonio Theissen es un hecho que se consumó en los días posteriores al 6 de octubre de 1981, esto se colige de la propia información y argumentos que se encuentran contenidos en el escrito de demanda del presente caso. En este sentido el Estado hace notar que dicho argumento es esgrimido por la Comisión en su demanda al decir que: "en el presente caso, la Comisión considera razonable presumir que en el contexto de la represión que caracterizó la época en que Marco Antonio Molina fue detenido, una vez que éste ingreso a lo que la CEH ha denominado como el circuito de clandestinidad controlado por los agentes del estado, el niño habría sido ejecutado dado su escaso valor como fuente de inteligencia en razón de su edad y de su inocencia" (citando Demanda de la Comisión, párrafo 96.)"³ Además el Estado utiliza las recomendaciones realizadas por la Comisión en su informe No 35/03, en tanto este órgano recomendó adoptar las medidas necesarias para la ubicación y devolución de los restos de Marco Antonio Molina Theissen a su familia, lo cual según éste, demuestra el fallecimiento del menor. Por todo lo anterior, en el escrito se concluye: "(...) que los actos ocurridos en 1981 fueron consumados en dicho año y la Corte no puede conocer de las violaciones derivadas de estos sucesos por carecer de competencia..."⁴

B. Observaciones de los Representantes de las víctimas y sus familiares

Los representantes de las víctimas y sus familiares en el presente caso, solicitan a la Honorable Corte que rechace *in limine* la excepción preliminar interpuesta por el Estado en su escrito por los siguientes fundamentos jurídicos.

1. Las Reservas a los Tratados que incorporan y reconocen la protección a los Derechos Humanos

El Derecho Internacional ha sostenido un desarrollo unánime al considerar que los tratados de derechos humanos prescriben obligaciones de carácter objetivo que deben ser garantizados por los Estados contratantes de acuerdo al fin último de su contenido: la protección y prevalencia de la dignidad del ser humano. La consagración de los Derechos Humanos a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y más tarde a través de los Pactos Internacionales de 1966 y el amplio cuerpo normativo desarrollado, hace que los derechos reconocidos en dichos cuerpos normativos, especialmente, los pactos aceptados por los Estados, se conviertan en instrumentos supraestatales y en límites no sólo internos, sino también externos a la potestad de los Estados.

De esta forma, el derecho internacional clásico se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema basado en pactos bilaterales *inter pares* y convirtiéndose en un autentico ordenamiento jurídico *supraestatal* fundado en normas caracterizadas como *ius cogens*, es decir, como derecho inmediatamente vinculante para los Estados miembros. En este nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional, no sólo los Estados, sino también los individuos, en tanto titulares frente a sus propios Estados en virtud de los derechos que les reconocen los Tratados de derechos humanos.

Igualmente, sin perjuicio de la regla general de interpretación que se deriva del artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el ámbito de los derechos humanos, además de las Partes contratantes, la determinación del fin y objeto de un tratado compete igualmente a los órganos creados en virtud de tal tratado. Estos órganos deben tener en cuenta el estado del derecho internacional vigente al momento en que son llamados a cumplir con su función de interpretar el tratado bajo examen, conforme a la regla *tempus regit factum*,⁵ con miras a propiciar en éste efectos apropiados⁶.

² Escrito de Contestación de la Demanda presentado por el Estado de Guatemala, 6 de noviembre de 2003, paginas 15 y 16.

³ Idem, pag 17.

⁴ Idem, pag 18.

⁵ L.Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp.125-158; A. A. Cancado Trindade, *Op. Cit.*, pp. 20-23.

La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos y considera que estos principios “ han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.”⁷

Conforme con los desarrollos del derecho internacional, la Corte Interamericana ha reconocido la especificidad que el derecho internacional otorga a los Tratados de Derechos Humanos en relación con las reservas que pueden interponer los Estados al momento de suscribirlos:

“Los Tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”⁸

La Corte Internacional de Justicia puso de manifiesto este aspecto en el caso de la *Barcelona Traction*, al afirmar que:

“...debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad Internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*.”⁹

Es claro, entonces que los Estados de conformidad con el artículo 75 de la Convención Americana pueden formular reservas a los tratados de derechos humanos, pero éstas no pueden ser incompatibles con el objeto y fin del tratado que no es otro que la protección de los derechos humanos de los individuos del continente. Lo Cual tampoco puede ir en contravía de una interpretación dinámica de los Tratados de Derechos Humanos, pues la propia Corte ha sido explícita en afirmar al respecto que:

“(...) los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.¹⁰

En este sentido, el Estado de Guatemala al aceptar la competencia contenciosa de la Corte en virtud del artículo 63 de la Convención y del artículo 19 de la Convención de Viena, estaba facultado, de acuerdo al

⁶ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, *supra*, párr., en la que la Corte señaló en particular que “la función consultiva hay que entenderla con criterio amplio, encaminado también a hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, Preámbulo, Considerando.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 2/ 82, El Efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 29.

⁹ Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd, Second Phase*, ICJ Reports 1970, párr. 33.

¹⁰ Corte I.D.H., El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2, párrs. 29-33.

desarrollo contemporáneo del derecho internacional de los derechos humanos, para formular la reserva de temporalidad al reconocimiento de competencia de la Corte a los hechos acaecidos con posterioridad a la fecha de la aceptación de la competencia.

Sin embargo, el Estado al interpretar la reserva en el caso *sub judice* manifestando “que al momento de efectuar la reserva, no existía, como se demostrará posteriormente en este escrito de contestación de la demanda, una tipificación de la desaparición forzada, ni una calificación de ésta como delito continuado”¹¹, está incurriendo en una interpretación contradictoria con el objeto de la Convención Americana.

Del artículo 29 de la Convención se desprende el claro propósito de dar a las disposiciones de la Convención la interpretación que asegure el grado máximo de protección a las personas y los derechos en ella consagrados e igualmente prohíbe o excluye interpretaciones contrarias a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.¹²

La Corte Interamericana, en este sentido, desde sus primeros asuntos ha manifestado:

“La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”¹³

En este sentido, a ningún Estado parte de la Convención le está permitido establecer reservas a la Convención que actúen en contravía de las disposiciones de protección de los derechos humanos consagrados en ella. Por ello consideramos que la posición del Estado de Guatemala, confunde en su argumentación cuestiones procesales diametralmente diferentes: los actos de “reservas a la Convención Americana” con el “el reconocimiento de la competencia de la Corte”.

Respecto de las primeras, la Corte ha manifestado que el acto de ratificación de la Convención “crea obligaciones para los Estados”. Estas obligaciones son iguales para todos los Estados partes, es decir vinculan de la misma manera y con la misma intensidad, tanto a un Estado parte que ha reconocido la competencia obligatoria de la Corte, como a otro que no lo ha hecho.

Respecto de la segunda, este es un acto unilateral de cada Estado condicionado por los términos de la propia Convención Americana como un todo y, por lo tanto, no esta sujeta a reservas. Si bien alguna doctrina habla de “reservas” al reconocimiento de esa competencia y no técnicamente de reservas a un tratado multilateral”¹⁴.

La Corte ha sido clara en este sentido:

“Las reservas tienen el efecto de excluir o modificar las disposiciones del tratado y quedan integradas a él en cuanto a las relaciones entre el Estado que las formuló y aquéllos respecto de los cuales son efectivas. Por ello, dejando nuevamente de lado la cuestión del valor recíproco de las

¹¹ Escrito de respuesta del Estado., cit., página 12.

¹² En este sentido la Corte ha manifestado: La interpretación de las reservas debe tener en cuenta el objeto y fin del tratado que, en el caso de la Convención, es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes” (El efecto de las reservas, supra 42, párr. no. 29). De hecho el propósito perseguido por la Convención constituye un verdadero límite al efecto de las reservas que se le formulen. Si la condición para la admisibilidad de reservas a la Convención es que las mismas sean compatibles con el objeto y fin del tratado, es preciso concluir que dichas reservas deben interpretarse en el sentido que mejor se adecúe a dicho objeto y fin. Corte I.D.H., Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Serie A No. 3, párrs. 60-66.

¹³ Corte I.D.H., Asunto Viviana Gallardo y Otras, No. 101/81, Serie A, Resolución del 15 de julio de 1981, Decisión del 13 de noviembre de 1981, párrs. 13, 15-16.

¹⁴ Corte IDH., Caso Cantos vs Argentina, Sentencia de Excepciones Preliminares, 7 de setiembre de 2001, párrafo 34.

reservas, que no es plenamente aplicable en el ámbito de los derechos humanos, es preciso concluir que la interpretación cabal del tratado implica la de las reservas, la que debe someterse tanto a las reglas propias del derecho internacional general como a aquellas específicas que se encuentran en la misma Convención. En ese orden de ideas la reserva debe interpretarse de conformidad con lo que textualmente expresa, de acuerdo con el sentido corriente que deba atribuirse a los términos en que haya sido formulada y dentro del contexto general del tratado, del cual la misma reserva forma parte, a menos que la interpretación deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Lo contrario conduciría a considerar, finalmente, que el Estado es el único árbitro del cumplimiento de sus obligaciones internacionales en todas las materias vinculadas con la reserva e, incluso, en todas aquellas que el Estado posteriormente considerara vinculadas con ésta, por obra de una declaración de intención sobrevenida.”¹⁵

Por otra parte es importante precisar que la postura esgrimida por el Estado guatemalteco contrasta con los principios dogmáticos del derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto al carácter absoluto e inderogable de los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y la libertad personal¹⁶. Las prohibiciones absolutas de las prácticas de tortura, desapariciones forzadas o involuntarias de personas, y de las ejecuciones sumarias o arbitrarias, nos hacen ingresar decididamente en el dominio de *ius cogens* internacional.¹⁷

Como manifiesta el presidente de la Corte Interamericana:

“ A pesar de que las dos Convenciones de Viena sobre derechos de los Tratados (artículo 53 y 64) consagran la función del *ius cogens* en el dominio propio del derecho de los tratados, nos parece una consecuencia ineluctable de la propia existencia de normas imperativas de derecho internacional que éstas no se limitaren a violaciones resultantes de tratados, y se extendieren a toda y cualquier violación, inclusive las resultantes de toda y cualquier acción y cualesquier actos unilaterales de los Estados. A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de ilegalidad objetiva (uno de los elementos subyacentes del concepto de *ius cogens*). En nuestros días, nadie se atrevería a negar la ilegalidad objetiva de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones extrajudiciales y de desaparecimientos forzados de personas, prácticas estas que representan crímenes de lesa humanidad, condenadas por la conciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de los tratados. Nadie osaría negar tampoco que los actos de genocidio, el trabajo esclavo, las prácticas de tortura y de las desapariciones forzadas de personas, y la denegación persistente de las más elementales garantías del debido proceso legal, afrentan la *conciencia jurídica universal*, y efectivamente colisionan con las normas perentorias de *ius cogens*”¹⁸

En este sentido, el delito de desaparición forzada de personas, de extrema gravedad, involucra la vulneración de derechos fundamentales inderogables, constituye una afrenta a la humanidad, lo cual nos ubica frente a este tipo de hechos en el plano internacional del *ius cogens*. Lo que significa que en la actualidad existe una condena unánime y universal al delito y que en el ámbito interamericano es recogido en el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como una “afrenta contra la conciencia del hemisferio”.

¹⁵ Corte I.D.H., Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Serie A No. 3, párrs. 60-66.

¹⁶ La tortura y la desaparición forzada son *per se* crímenes internacionales. Asimismo, la práctica sistemática o a gran escala de la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada, las persecuciones por motivos políticos, entre otros actos, constituyen un crimen internacional calificado, a saber, un crimen de lesa humanidad. Son estas conductas, precisamente, a las que se refieren, entre otras, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁷ El artículo 53 del Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece: “ Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter”

¹⁸ Antonio Cancado Trindade, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI, Editorial Jurídica de Chile, página 417.

Consideraciones estas, que evidentemente antevienen al año de 1981, pues la doctrina internacional había manifestado ampliamente su preocupación por el tema de las desapariciones forzadas de personas.¹⁹

1.1 La desaparición forzada de personas como delito continuado y pluriofensivo

Pretende el Estado de Guatemala sustraer al conocimiento de la Corte los hechos relacionados con la desaparición forzada del menor Marco Antonio Molina Theissen, sucedida en el año de 1981, argumentando la preeminencia del principio de irretroactividad de los Tratados:

“ (...) es evidente que al momento en que se consumaron los lamentables hechos puestos en conocimiento de esa Honorable Corte, la calificación de delito continuado a la desaparición forzada no existía, toda vez que la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas que fue ratificada el 25 de febrero de 2000, en tanto que los hechos de la demanda ocurrieron en el año 1981, cuando el Estado de Guatemala ni siquiera había reconocido la competencia de la Corte, y mucho menos se podía pensar que se iba a emitir un instrumento internacional como la citada Convención, por lo que pretender ahora que se haga una la (sic) aplicación de dicho concepto en el presente caso constituiría una grave violación al principio de derecho internacional de irretroactividad de los tratados...”²⁰

Efectivamente, los representantes de las víctimas y sus familiares, reconocemos que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece el principio de irretroactividad que significa que las disposiciones de un tratado no obligan a un Estado parte respecto de un acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado.²¹

En este sentido, la jurisprudencia reciente de la Corte ha reconocido el principio de irretroactividad de las normas internacionales consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²², sin embargo, para algunos casos o situaciones específicas este argumento puede modificarse, en razón de la denominada “teoría jurídica de los actos ilícitos continuados”²³

¹⁹ El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral. La creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980, constituye una actitud concreta de censura y repudio generalizados, por una práctica que ya había sido objeto de atención en el ámbito universal por la Asamblea General (resolución 33/173 de 20 de diciembre de 1978), por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 de 10 de mayo de 1979) y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (resolución 5 B (XXXI) de 5 de setiembre de 1979). Los informes de los relatores o enviados especiales de la Comisión de Derechos Humanos muestran la preocupación por el cese de esa práctica, por la aparición de las personas afectadas y por la aplicación de sanciones a los responsables. En el ámbito regional americano la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Comisión se han referido reiteradamente a la cuestión de las desapariciones para promover la investigación de tales situaciones, para calificarlas y para exigir que se les ponga fin (AG/RES. 443 (IX-0/79) de 31 de octubre de 1979; AG/RES 510 (X-0/80) de 27 de noviembre de 1980; AG/RES. 618 (XII-0/82) de 20 de noviembre de 1982; AG/RES. 666 (XIII-0/83) del 18 de noviembre de 1983; AG/RES. 742 (XIV-0/84) del 17 de noviembre de 1984 y AG/RES. 890 (XVII-0/87) del 14 de noviembre de 1987; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual, 1978, págs. 22-24a; Informe Anual 1980-1981, págs. 113-114; Informe Anual, 1982-1983, págs. 49-51; Informe Anual, 1985-1986, págs. 40-42; Informe Anual, 1986-1987, págs. 299-306 y en muchos de sus informes especiales por países como OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 1980 (Argentina); OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, 1985 (Chile) y OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16, 1985 (Guatemala)). Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 9 de julio de 1988, párrafos 152, 152 y 154.

Específicamente, respecto de la situación de Guatemala, la Comisión Interamericana en su informe de 1981 sobre la situación de los derechos humanos en este país manifestaba su preocupación por el fenómeno de las desapariciones forzadas: “En lo que concierne al derecho a la vida, el caso de los “desaparecidos” en Guatemala se manifiesta como uno de los problemas más graves, dado la forma en que se han producido las desapariciones así como por el extraordinario número de víctimas. Las víctimas se encuentran dentro de todos los sectores de la sociedad guatemalteca, pero en mayor proporción entre los dirigentes de las organizaciones opositoras y populares, de los trabajadores, campesinado, maestros, líderes estudiantiles, y religiosos o sus auxiliares seculares. Los autores o agentes responsables de los secuestros, detenciones, torturas y posterior asesinato de los “desaparecidos”, por lo general, han sido los agentes de seguridad o las mismas organizaciones paramilitares que se han descrito anteriormente.” Ver: *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.53, Doc. 21 rev. 2, 13 octubre 1981.

²⁰ Escrito de respuesta del Estado., cit., página 13.

²¹ Artículo 28. Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

²² Corte IDH., Caso Cantos vs Argentina, Sentencia de Excepciones Preliminares, 7 de septiembre de 2001, párrafo 37.

²³ Corte IDH, Caso Blake, Excepciones Preliminares, Sentencia de 2 de Julio de 1996, párrafos 29 y ss.

La jurisprudencia de la Corte, así como de otros tribunales y órganos internacionales, ha reconocido que existe competencia *ratione temporis* respecto de hechos que, aun cuando sucedieron antes de la aceptación de la competencia de tribunal, las violaciones se prolongan en el tiempo (continuas o permanentes) y que son, por tanto, actos ilícitos continuados; o, bien, que existe competencia cuando las consecuencias o efectos que de tales violaciones persisten, aun después de la aceptación de la competencia de la Corte.²⁴

En virtud de estos razonamientos, los representantes de las víctimas, en nuestro escrito de demanda argumentamos y respaldamos los criterios de la Comisión Interamericana, al determinar que la Corte Interamericana tiene competencia plena para conocer respecto de los hechos de la presente Demanda y para efectos de esta respuesta reiteramos nuestros argumentos²⁵:

“El Estado guatemalteco ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 25 de mayo de 1978 y aceptó la jurisdicción contenciosa de la Honorable Corte el 9 de marzo de 1987. Por ende, al momento en que se dieron los hechos el Estado tenía la obligación de garantizar y respetar los derechos de la familia Molina Theissen y, en particular, de Marco Antonio. Aunque la competencia de la Honorable Corte no fue aceptada sino hasta 1987, fecha posterior a los hechos denunciados, la jurisprudencia desarrollada por esta máxima instancia ha concluido que la desaparición forzada de personas debe ser entendida como una violación múltiple y continuada de varios de los derechos contenidos en la Convención Americana”²⁶.

En este sentido, los representantes de las víctimas compartimos los criterios de la CIDH, en tanto que los hechos objeto de la presente demanda se refieren a una serie de violaciones a derechos fundamentales que configuran el delito de desaparición forzada, que conservan plenamente el carácter de tal desde la aceptación de la competencia de la Honorable Corte el 9 de marzo de 1987. La desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen tuvo principio de ejecución el 6 de octubre de 1981 y hasta la fecha dicha violación subsiste, y sus efectos continuará hasta que se establezca su paradero. La fecha de los hechos no restringe ni limita la competencia *ratione temporis* de la Corte para aplicar dichos instrumentos

²⁴ Respecto de la jurisprudencia interamericana, véase, Corte IDH. Caso Blake. Sentencia sobre excepciones preliminares de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27, Párrs. 39, 40 y 46.

En relación con los criterios de otros tribunales, la Corte Europea de Derechos Humanos ha recogido este criterio en varios casos. Véase, *inter alia*, Corte EDH, Loizidou v. Turquía. Sentencia de 18 de diciembre de 1996, Párr.41; Papamichalopoulos et al. v. Grecia. Sentencia de 24 de junio de 1993, Párr. 41 y 43, *in fine*; Veeter v. Estonia. Sentencia de 7 de noviembre de 2002, Párr. 55. Finalmente, el Comité de Derechos Humanos también ha adoptado el mismo enfoque que las Cortes interamericana y europea. Véanse, entre otras, Comunicación No. 520/1992. E. y A.K. (nombres ficticios) v. Hungría. Resolución de 5 de mayo de 1992. CCPR/C/50/D/520/1992, Párr. 6.4; Comunicación No. 24/1977. Sandra Lovelace v. Canadá. Resolución de 30 de julio de 1981. CCPR/C/13/D/24/1977, Párr. 11 y 13.1. Comunicación No. 196/1985. Ibrahim Gueye et al. v. Francia. Resolución de 6 de abril de 1989. CCPR/C/35/D/196/1985, Párr. 5.3; Comunicación No. 579/1994. Klaus Werneck v. Australia. Resolución de 9 de mayo de 1997. CCPR/C/59/D/579/1994, Párr. 4.2. Comunicación No. 5/1977. Luis Maria Bazzano Ambrosini et al. v. Uruguay. Resolución de 15 de agosto de 1979. CCPR/C/7/D/5/1977, Párr. 9; Comunicación No. 11/1977. Alberto Grille Motta et al. v. Uruguay. Resolución de 29 de julio de 1980. CCPR/C/10/D/11/1977, Párr. 14. Comunicación No. 33/1978. Leopoldo Buffo Carball v. Uruguay. Resolución de 8 de abril de 1981. CCPR/C/12/D/33/1978, Párr. 13. En el mismo sentido y lógica ha operado la jurisprudencia de Naciones Unidas: Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No. 566/1993vs Hungary. 29/07/96*. 57º período de sesiones, 8 - 26 de julio de 1996. El Comité recordó en primer lugar que las obligaciones del Estado parte en virtud del Pacto rigen a partir de la fecha en que entró en vigor para ese Estado parte. Sin embargo, había una cuestión diferente, la de determinar cuándo comenzaba la competencia del Comité para considerar las denuncias sobre presuntas violaciones del Pacto con arreglo al Protocolo Facultativo. En su jurisprudencia con respecto al Protocolo Facultativo, el Comité ha sostenido que no puede considerar presuntas violaciones del Pacto que ocurrieron antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte, a menos que las violaciones denunciadas continúen después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo. Una violación continuada debe interpretarse como una reafirmación, mediante un acto o un hecho manifiesto del que se desprenda dicha reafirmación, después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, de las violaciones anteriores del Estado parte.

²⁵ Demanda de los Representantes de Marco Antonio Molina Theissen y sus familiares vs Estado de Guatemala, Sección B. Aspectos Preliminares, B.3 Competencia de la Corte Interamericana para conocer de la presente Demanda. Páginas 19 y ss.

²⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de fondo de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, Párr. 155. *Cfr.* Corte IDH. Caso Godínez Cruz. Sentencia de fondo de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, Párr. 163; Caso Blake. Sentencia de fondo de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, Párr. 65; Caso Bámaca Velásquez, Párr. 128. *Cfr.* Lo establecido en el Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: “CONSIDERANDO que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (...)”.

internacionales, en la medida en que la desaparición forzada constituye una violación de carácter continuado.”²⁷

En el caso fallado por la Corte y conocido como Trujillo Oroza vs Bolivia, el juez García Ramírez formuló un voto encaminado a justificar la competencia de la Corte Interamericana en materia de desapariciones, aún cuando la privación de la libertad haya ocurrido antes de la ratificación de la Convención Americana así como de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte estimando que

“En el supuesto del que ahora conoce la Corte, la violación del derecho a la libertad se realiza por medio de un hecho que se prolonga sin interrupción y corresponde, penalmente, a la categoría del delito continuo o permanente. La violación subsiste, también ininterrumpidamente, mientras dura la privación de libertad”²⁸.

Es precisamente este carácter de “continuidad” que encierra el delito de la desaparición forzada que faculta “*ratione temporis*” a éste H. Tribunal a conocer la presente causa.

Asimismo, el Juez Antonio Cançado, refiriéndose a la continuidad del crimen considera:

“Se desprende de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (1992), la cual, después de resaltar la gravedad del delito de desaparición forzada de personas (artículo 1.1), igualmente advierte que debe ser éste considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos” (artículo 17.1). Hay pues, que tener siempre presente en cuanto al aspecto material de la cuestión aquí tratada, que la desaparición forzada de personas constituye, primero, una forma compleja de violación de los derechos humanos; segundo, una violación particularmente grave; y tercero, una violación continua o permanente (hasta que se establezca el destino o paradero de la víctima)”²⁹

El carácter de la desaparición forzada como delito continuado, además, es reconocido por la propia legislación guatemalteca al establecer que el delito de desaparición forzada de personas, el artículo 201 TER del Código Penal -reformado por Decreto No. 33-96 del Congreso de la República aprobado el 22 de mayo de 1996- dispone, en su parte pertinente, que el delito de desaparición forzada “*se considera continuado en tanto no se libere a la víctima*”. El tipo penal descrito, establece como condición *sine qua non* para la culminación, consumación material o terminación del delito una condición objetiva de resultado de la acción, lo que implica que la ejecución del delito de desaparición forzada de personas, según la ley guatemalteca, se prolonga en el tiempo en tanto no se produzca el resultado exigido en el tipo: la libertad de la víctima.

Por último, los representantes de las víctimas queremos destacar que a pesar que el Estado no haya realizado referencia alguna a nuestra demanda, en ella, y a diferencia de la Comisión Interamericana, consideramos que la Corte debe analizar y así tiene competencia para ello, la situación a la que fue expuesta Emma Guadalupe Molina Theissen en relación con los efectos físicos y psicológicos ocasionados por la tortura a la que fue sometida por agentes estatales y que subsisten a la fecha.³⁰

Por todo lo anterior, la Corte es competente para pronunciarse sobre todos los hechos que conforman el presente caso, ya que constituyen violaciones continuadas a una serie de derechos humanos.

1.2 De análisis de los hechos al caso concreto y la teoría del fallecimiento de Marco Antonio Molina Theissen, esgrimidos por el Estado de Guatemala.

²⁷ Demanda CIDH, párrafo 8.

²⁸ Corte IDH. Caso Trujillo Oroza. Sentencia de reparaciones de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92. Voto Razonado Concurrente del juez Sergio García Ramírez, Párr. 10.

²⁹ Ídem, Voto Razonado Concurrente del juez Antonio Cançado Trindade, Párr.8.

³⁰ Ver Demanda de los Representantes de las Víctimas; Sección Titulada: II.2. El Estado es responsable de la violación del derecho a la integridad personal consagrada en el artículo 5 de la Convención, en relación con los efectos físicos y psicológicos de la tortura causada a Emma Guadalupe Molina Theissen, en clara violación concordante de los artículos 8, 25 y 1.1 del mismo instrumento.

El Estado de Guatemala en su escrito de respuesta intenta apartar el conocimiento del caso de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, bajo un argumento errado, el fallecimiento de Marco Antonio Molina Theissen, como un hecho consumado.

Dice el escrito:

“El lamentable fallecimiento de Marco Antonio Molina Theissen es un hecho que se consumó en los días posteriores al 6 de octubre de 1981, esto se colige de la propia información y argumentos que se encuentran contenidos en el escrito de demanda del presente caso. En ese mismo sentido el Estado hace notar que dicho argumento es esgrimido por la Comisión en su demanda al decir que: “ En el presente caso, la Comisión considera razonable presumir que en el contexto de la represión que caracterizó la época en que Marco Antonio Molina fue detenido, una vez que éste ingreso a lo que la CEH ha denominado como el circuito de clandestinidad controlado por los agentes del estado, el niño habría sido ejecutado dado se escaso valor como fuente de inteligencia en razón de su edad y de su inocencia (...)”...Por estas razones, el Estado considera que los actos ocurridos en 1981 fueron consumados en dicho año y la Corte no puede conocer de las violaciones derivadas de estos sucesos por carecer de competencia. Lo anterior concuerda con las consideraciones que esta Honorable Corte estableció en el caso Blake... (...)”³¹

Previo a nuestra respuesta en este punto, los representantes de las víctimas y de sus familiares, queremos manifestar nuestro más absoluto rechazo al despropósito planteado por el Estado de Guatemala. El argumento referido además de carecer de cualquier lógica jurídica y fáctica, evidencia una sesgada interpretación de la jurisprudencia que la Corte Interamericana en los casos relativos a la desaparición forzada de personas.

Por otra parte, no podemos soslayar que la estrategia del Estado irrespeta el dolor de los familiares de Marco Antonio y avasalla el sufrimiento que por más de veinte años consume a esta familia. El Estado, con el fin de apartarse del conocimiento del Tribunal y asumir su responsabilidad internacional por los graves hechos, no puede justificar todos los medios para lograr tal fin.

En la Demanda presentada por la Comisión, este órgano al relatar los hechos estableció:

“En el presente caso se encuentra plenamente establecido que Marco Antonio Molina Theissen fue aprehendido en el interior de su residencia por agentes de seguridad del Estado, en presencia de su madre, fue amordazado y engrilletado en uno de los sillones de la sala, le colocaron *masking tape* en la boca. Posteriormente, con la cabeza cubierta se lo llevaron en una camioneta. De la versión de su madre, testigo presencial de los hechos, se desprende que fue capturado sin orden escrita de detención, ni de allanamiento ni registro; no fue puesto a disposición del juez competente, sino que por el contrario fue mantenido en la clandestinidad sin que hasta la fecha se conozca su paradero...En el material probatorio que se adjunta a esta demanda, se encuentra establecido mediante indicios que ofrecen serios motivos de credibilidad, que Marco Antonio Molina fue capturado por agentes del Estado durante una diligencia de registro de la casa de habitación de la familia Molina Theissen, en la que no sólo estaban buscando armas, sino que pretendían ubicar a su hermana Emma Guadalupe, quien había permanecido detenida ilegalmente y se había fugado el día anterior. Asimismo, que aun cuando el operativo se extendió por más de cuarenta minutos y desde su inicio los tres agentes de seguridad del Estado privaron de la libertad a Marco Antonio, en ningún momento informaron a él o por lo menos a su madre sobre la razón de su aprehensión o los cargos que le imputaban. Y, finalmente, que a pesar de los sucesivos recursos de exhibición personal y las gestiones ante diferentes autoridades del Estado Civil, militares y policiales, promovidos por sus padres, el niño Marco Antonio Molina Theissen no fue puesto a disposición de autoridad judicial competente alguna... (...)”³²

Por nuestra parte resaltábamos en nuestro escrito:

“En el presente caso, la víctima fue vista con vida por última vez el 6 de octubre de 1981 en manos de agentes del Estado que le trasladaron en un *“pick up”* con rumbo desconocido.³³ La madre alcanzó a anotar el número de la placa del vehículo en que fue secuestrado, comprobándose posteriormente que

³¹ Demanda del Estado, cit., pagina 17 y ss

³² Demanda CIDH, párrafos 79, 80 y 81

³³ Véase declaración de Emma Theissen Álvarez, anexo No 17 demanda CIDH.

pertenecían a un vehículo oficial. Como declara la madre, -testigo presencial- la única razón por la que allanaron su hogar fue “buscando a la hermana de Marco Antonio, Emma Molina” “buscando armas³⁴”; no explicaron el motivo por el cual se llevaron a la víctima, a donde lo llevarían, ante que autoridad sería presentado ni el término de esta detención. Declaró que lo sucedido a su hijo “fue una represalia para hacernos callar y no se denunciara lo sucedido a su hija Emma o que ella se entregara³⁵”. Este tipo de actuación por parte de agentes estatales de seguridad se enmarca dentro del patrón de “desapariciones forzadas” común en esos tiempos... Han transcurrido más de dos décadas sin que la familia del niño Marco Antonio haya podido obtener una explicación; sin encontrar la paz ni conocer la verdad de lo ocurrido a su miembro más joven e inocente. Su padre murió sin poder despedirse de su único hijo, sin la verdad, sin obtener justicia. Hasta el momento la familia Molina no ha encontrado descanso a su sufrimiento por la impunidad en la que, desde hace tantos años, se mantiene³⁷.

Hace 22 años fue desaparecido Marco Antonio Molina Theissen. Desde entonces no se ha tenido noticias de él. Tanto la Comisión como los representantes de las víctimas y sus familiares hemos resaltado que, al momento de los hechos, existía en Guatemala un patrón de graves violaciones de derechos humanos, que incluían las ejecuciones sumarias y la desaparición de personas. En este sentido, no hay pruebas que demuestren efectivamente que el niño fue asesinado, pero en materia de desaparición forzada se presume que esto sucede, debido al patrón existente y el paso del tiempo.³⁸

Esta presunción es de aquellas denominadas *juris tantum*³⁹ por cuanto se refieren a aquellas presunciones que admiten prueba en contrario en contradicción a aquellas absolutas denominadas *jure et de jure*.⁴⁰ En este caso la primera de ellas se basa en los hechos que caracterizan este tipo de delitos y en lo que la propia jurisprudencia de la Corte ha establecido en casos similares, pues tal y como ésta ha resaltado, resulta presumible inferir que una desaparición, implica con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin formula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y procurar la impunidad de quienes lo cometieron.⁴¹

Lo anterior, no implica como de hecho pretende el Estado dar por probada la existencia de la ejecución extrajudicial de Marco Antonio Molina Theissen, pues para ello el Estado debe controvertir la presunción *iuris tantum* aportando los elementos suficientes que indiquen el paradero del cadáver de la víctima en el caso de que ésta se encuentre muerta y/o que se establezca claramente su paradero y ésta sea liberada.

Es por ello, que consideramos que el escrito del Estado, es en suma tendencioso, pues para justificar su fin de dar por probada la muerte del niño, desvirtúa los hechos del caso y la propia jurisprudencia de la Corte. El Estado citando el *Caso Blake*, pretende establecer que el Caso de Marco Antonio Molina, es similar en cuanto a los hechos y circunstancias. Cuando es evidente que existen diametrales diferencias entre los dos casos, el Estado omite referirse a la situación fáctica del primero de los casos mencionados, en el que la Corte dio por demostrada la Ejecución extrajudicial de Nicholas Blake, mediante un acta de defunción de 29 de marzo de 1985, lo cual se produjo antes del sometimiento de Guatemala a la jurisdicción de la Corte.⁴²

³⁴idem

³⁵ Declaración de Emma Theissen Álvarez ante el Procurador Delegado de los Derechos Humanos de Guatemala en la ciudad de San José de Costa Rica el 24 de agosto de 1999. Ver Anexo No. 17 de la Demanda de la CIDH.

³⁶ Como señaláramos en el Capítulo I, en la sección de Antecedentes, la hermana de Marco Antonio fue detenida clandestinamente por efectivos militares. Logró escaparse de sus captores un día antes de que se llevaran a Marco Antonio, razón por la cual se infiere que uno de los motivos del crimen cometido en perjuicio de su hermano Marco Antonio fue la venganza por su fuga, quizá para obligarla a entregarse, además del castigo a una familia clasificada como “enemiga” por su simpatía y/o asociación a grupos considerados en ese entonces “subversivos”.

³⁷ Demanda de los Representantes de Marco Antonio Molina Theissen y sus familiares vs Estado de Guatemala, página 24.

³⁸ Véase, entre otras, Corte IDH. Caso Castillo Páez. Sentencia de fondo de 3 de noviembre de 1998. Serie C No. 34, párr. 66, Párr. 72. En el mismo sentido, ver demanda de la Comisión, Párr. 95.

³⁹ Las presunciones *iuris tantum* no descartan de modo alguno la prueba y únicamente determinan una apreciación, que es relativa y condicional. Eugenio Florian, De las Pruebas Penales, Editorial Temis, 1981, pag 156.

⁴⁰ Las presunciones *iuris et de iure* no admiten prueba en contrario, mientras que las *iuris tantum* invierten la carga de la prueba y autorizan que se pruebe en contra. En este sentido ver: Carlos Rubianes, Manual de Derecho Procesal Penal, Desalma ediciones, 1979, pag 216 y ss; Jorge Kielmanovich, Teoría de la Prueba y medios probatorios, Editorial Hacedlo 1996, páginas 47 y ss.

⁴¹ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez, *Supra* nota párr 130

⁴² Corte IDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Caso Blake vs Guatemala, 2 de julio de 1996.párrafos 33.

Sin embargo, la Corte en una decisión ampliamente conocida determinó que a pesar de carecer de competencia para pronunciarse sobre la privación de la libertad y la muerte de éste, si la tiene para pronunciarse respecto de la prolongación de las consecuencias y efectos que estos hechos provocaron.⁴³

Por todo lo anterior solicitamos a la Honorable Corte que rechace *in limine* la excepción preliminar de incompetencia *Ratione Temporis* presentada por el Estado de Guatemala.

1.3 La Desaparición Forzada como delito pluriofensivo y complejo y de los hechos del caso concreto

La desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos. El delito pone en peligro la vida y la seguridad de la persona sometida y acarrea serias repercusiones sobre el derecho de la persona a la integridad personal. La Corte Interamericana desde sus primeros fallos ha definido el acto de desaparición forzada como una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de forma integral, lo cual implica que ésta se configura como una acción que genera múltiples agresiones a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar.

Desde los primeros casos conocidos por este órgano se han establecido claros criterios en este sentido:

“La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar... La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención.”⁴⁴

En este sentido y en referencia al caso que nos ocupa, los representantes de las víctimas creemos necesario manifestar a la Honorable Corte, que ésta en virtud de su propia jurisprudencia debe desestimar la pretensión del Estado de Guatemala para que se abstenga de conocer de la violación de los derechos a la vida, libertad personal, integridad física y garantías judiciales, en tanto, subyace a toda su argumentación el que el acto primigenio se consumó de forma instantánea en el año de 1981, por lo cual los hechos relacionados con ésta no pueden ser conocidos por la Honorable Corte en virtud de falta de competencia *ratione temporis*.

El Estado afirma, por ejemplo, respecto de la violación de los derechos del niño:

“El argumento de la Comisión se fundamenta en los hechos ocurridos al momento de la desaparición de Marco Antonio Molina Theissen, ocurrida en 1981, por lo que el Estado fundamentándose en los argumentos antes expuestos con relación a los hechos ocurridos en este año, considera que esta Honorable Corte debe considerarse incompetente para conocer la violación al artículo 19 de la Convención por haber ocurrido antes de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado de Guatemala”⁴⁵

Los representantes de las víctimas y sus familiares a lo largo del escrito hemos sustentado ampliamente las razones con contravienen esta pretensión, sin embargo y en aras de la claridad que debe prevalecer en el litigio de un caso ante la Corte, queremos reafirmar nuestros argumentos en este sentido.

En nuestra escrito de demanda señalábamos cómo la práctica de las desapariciones forzadas en Guatemala, afectaron en buena parte a niños y niñas y en relación con la práctica de desapariciones forzadas de niños,

⁴³ Idem, párrafos 39 y 40.

⁴⁴ Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988 párrs. 155 y 158 y Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. párrs. 163 y 166

⁴⁵ Respuesta del Estado, cit., página 24

el marco político militar del enfrentamiento armado creó el escenario propicio para que la niñez estuviera expuesta a multiplicidad de violaciones.⁴⁶

"En general, las desapariciones forzadas alcanzaron un aumento significativo entre 1979 y 1983, período en el que se agudizaron el conflicto interno y la violencia contrainsurgente. El Informe REMHI registra 216 casos de niños y niñas desaparecidos en Guatemala en el marco del conflicto.⁴⁷ De dichos casos el 16% tuvo lugar en 1981 y el 50% en 1982,⁴⁸ años en los que observan los índices más altos en este campo en la historia de Guatemala. El informe *Hasta Encontrarte* configura sus rostros diversos: se trató de los hijos, hijas o familiares de población civil no combatiente; formaron parte de los desplazados internos de las comunidades de población en resistencia; otros, lo fueron de dirigentes de organizaciones sociales, religiosas o de militantes de los grupos insurgentes.⁴⁹

El caso de Marco Antonio representa, además de la perversidad y el profundo odio con los que fue castigada su familia, la violación sufrida por miles de niños víctimas de conflictos armados. El Estado falló en cuanto a su obligación positiva de garantizar una protección especial a la niñez guatemalteca durante la guerra interna y, en el caso específico, a Marco Antonio.

Aunque la paz se firmó en Guatemala en 1996, hasta el momento, después de los 36 años de terror sufridos en ese país, los horrendos crímenes y delitos cometidos contra los más débiles por las manos de los agentes del Estado, los efectos continúan.⁵⁰ La víctima sufrió la total ausencia de protección que, por su condición de niño, merecía de manera especial. Por el contrario, Marco Antonio fue sometido a un acto violento en el que fue detenido ilegal y arbitrariamente, posiblemente padeció torturas físicas y psicológicas, fue sustraído de su entorno familiar y separado de sus padres para siempre.

Es evidente que la Honorable Corte ha sentado pautas importantísimas en el desarrollo de este delito, las cuales al parecer son desconocidas por el ilustre Estado de Guatemala, aún más, es quizás en los propios casos en contra de este Estado que la jurisprudencia ha sido más categórica en afirmar el carácter múltiple y pluriofensivo que entraña tan odiosa práctica.

En el caso *Bámaca Velásquez*, la Corte Interamericana estableció que la desaparición forzada e involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no solo priva a la persona de su libertad personal, mas pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la vida del detenido. Coloca entonces a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos.⁵¹

Por los elementos anteriores, solicitamos a la Corte que rechace *in limine* la excepción preliminar *ratione temporis* para conocer de los derechos a la vida, libertad personal, integridad física y psicológica y derechos del niño, y proceda a analizar en la etapa de fondo del asunto las violaciones cometidas por el Estado de Guatemala a los derechos reconocidos en la Convención Americana.

B. El Estado interpone Excepción Preliminar por falta de legitimación activa

⁴⁶ ODHAG. *Hasta encontrarte: niñez desaparecida en el conflicto interno de Guatemala*, 2000, p. 29.

⁴⁷ Conforme a los mismos datos, en la CEH hay referencia de 183 casos de niños y niñas que desaparecieron debido al conflicto. Véase ODHAG. *Hasta encontrarte: niñez desaparecida en el conflicto interno de Guatemala*, 2000, p. 60.

⁴⁸ Ídem, pp. 46 y 47.

⁴⁹ Ídem, p. 61.

⁵⁰ El informe que presentó la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), sobre violaciones a los derechos humanos de la población civil durante el conflicto armado interno refleja que muchos niños y niñas fueron víctimas de ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas, tortura y violaciones sexuales, entre otros hechos violatorios de sus derechos humanos. Véase Crónicas de MINUGUA, "Los Niños Desaparecidos de la Guerra", Guatemala 3 de octubre de 2002. No.68, Pagina 1.

⁵¹ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de Fondo párr. 128

El Estado considera que la Corte debe abstenerse de conocer el presente caso toda vez que la Comisión argumenta que la “Sociedad Guatemalteca” es víctima de los hechos. Para lo cual cita el preámbulo de la Convención Americana y el Artículo 1.2 de la Convención que establece que “persona es todo ser humano”. Por consiguiente la “sociedad guatemalteca”, no siendo una persona individual, no puede ser sujeto de violaciones de conformidad con la Convención Americana.

El Estado en su escrito, no refiere exactamente cuál es el fundamento de su pretensión o cuáles son los argumentos de derecho que pretende controvertir. Pareciera ser que pretende, a partir de una excepción *Ratione Personae*, reafirmar la hipótesis que la Convención Americana únicamente protege personas naturales y por ende el concepto de “Sociedad Guatemalteca” no puede estar amparado bajo el artículo 1.2 de la Convención.

Sin embargo, es evidente que tanto de la demanda de la Comisión como de nuestro escrito, se desprende claramente que el menor Marco Antonio Molina y sus familiares son víctimas directas de las violaciones a la Convención y por tanto objeto de reparaciones⁵².

El único aparte en el que la Comisión se refiere al derecho de la “Sociedad Guatemalteca”, es analizado por ésta desde el punto de vista del denominado “derecho a la verdad” reconocido en la jurisprudencia del Sistema Interamericano⁵³:

“El primer plano corresponde al derecho de los familiares de la víctima a exigir del Estado una investigación completa e independiente para establecer la verdad sobre el destino de su ser querido. Donde está? Sigue con vida? Donde están sus restos? La incertidumbre de estos cuestionamientos hace de la desaparición forzada una violación para lo cual la verdad representa mucho más que una forma de reparación, constituye el único medio para detener en el tiempo la permanencia de una violación. Como responsable de la violación corresponde al Estado suministrar la verdad de los hechos y sus autores. El segundo plano está constituido por el derecho de la sociedad en su conjunto a tener información sobre las circunstancias de los hechos, así como sobre la identidad de los responsables a fin de evitar de la manera más eficaz que violaciones de esa naturaleza vuelvan a ocurrir. De tal suerte que el derecho a la verdad constituye un derecho de carácter particular para los familiares de la víctima, y un derecho colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para la consolidación de los sistemas democráticos en los verdaderos Estados de Derecho”

Se deduce, entonces que la referida excepción no encuentra fundamento alguno, en casos como el que nos ocupa, el concepto de “sociedad” puede ser susceptible de entenderse como víctima, en tanto, imaginemos un hecho similar en el cual la gravedad de los hechos y la brutalidad de la acción no permita tener un referente familiar para exigir justicia. En estas situaciones creemos que la Corte tendría competencia para conocer del caso, en tanto cualquier persona de un colectivo, comunidad, o sociedad que se sienta afectada o pueda demostrar que con el hecho se le generó un daño y exigir justicia y reparación, pues el derecho a las garantías judiciales, la investigación y sanción de los responsables no depende de la existencia de un familiar de la víctima para reclamar, depende de los principios que inspiran la Convención Americana y las obligaciones que según el artículo 1 de la Convención emanan para los Estados.

En gracia de lo anterior, y para el caso concreto los representantes señalábamos en nuestro escrito⁵⁴ que la desaparición del niño Marco Antonio Molina Theissen se da en un contexto terrible de represión estatal y forma parte de una larga cadena de hechos de violencia que fueron perpetrados en contra de la “Sociedad Guatemalteca” entendida como la población civil y los opositores políticos en el marco del conflicto

⁵² Ver Demanda de los Representantes de las Víctimas y sus familiares: **Titulares del derecho a reparación y calidad en la que comparecen**: Como beneficiarios del derecho a la reparación para el presente caso tenemos en primer lugar, a la víctima directa de la desaparición forzada, el niño Marco Antonio Molina Theissen. Igualmente consideramos que se deberá reparar a Emma Guadalupe Molina Theissen como víctima de violaciones a lo consagrado en el artículo 5 de la Convención, igualmente a sus familiares cercanos. Por consiguiente, los titulares del derecho a la reparación son las siguientes personas: *Marco Antonio Molina Theissen*, *Emma Theissen Alvarez Vda. Molina*, madre, *Emma Guadalupe Molina Theissen*, hermana, *Ana Lucrecia Molina Theissen*, hetmana, *María Eugenia Molina Theissen*, hermana. Páginas 65 y 66.

⁵³ Ver Demanda de la CIDH, párrafos 122 y 123.

⁵⁴ Demanda de los Representantes, páginas 6 y ss.

interno que azotó a Guatemala entre 1960 y 1996. Los cálculos de diversos organismos⁵⁵, entre 1960 y 1996 contabilizaron 200.000 muertos, 50.000 desaparecidos, 440 aldeas indígenas arrasadas y un millón de desplazados y refugiados, para una población que hasta ahora alcanza los 12 millones de habitantes.

La Comisión de Esclarecimiento Histórico de la Organización de las Naciones Unidas, asegura en su informe *Guatemala: memoria del silencio*, que hubo una “respuesta absolutamente desproporcionada en relación con la fuerza militar de la insurgencia que solo puede entenderse en el marco de los profundos conflictos sociales, económicos y culturales del país” (conclusión 24)⁵⁶. En este sentido, la destrucción social masiva ocurrida en la década de los ochenta “superó todas las previsiones del horror”.⁵⁷

Por otra parte, si lo que pretende el Estado es referirse al concepto que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana, y por tanto, dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos, los representantes, consideramos pertinente citar los criterios de la propia Corte:

“(…) la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación...Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, ya que esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de accionistas”⁵⁸

Con base en lo anterior, y en virtud que el Estado de Guatemala no explica ni fundamenta cuál es el razonamiento lógico que utiliza para fundar su pretendida excepción, y toda vez que es dado a quien presenta el argumento fundar los pasos de la operación en la que sustenta, los representantes de las víctimas consideramos que la Corte debe rechazar la presente excepción preliminar.⁵⁹

C. El Estado Interpone Excepción Preliminar por falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna

El Estado en su escrito considera que en relación a los artículos 7, 5 y 4 de la Convención Americana, no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna, argumentando que a la fecha y como consecuencia del Procedimiento Especial de Averiguación Previa tramitado ante la Corte Suprema de Justicia, se inició un proceso penal que aun se encuentra en trámite ante el Juez Quinto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente. Igualmente estima que este extremo no fue debidamente analizado por la Ilustre Comisión antes de promover su demanda, toda vez que no tomo en cuenta la existencia y el trámite ante dicho Juzgado y, siendo que dentro de ese proceso penal a la fecha no existe la decisión final con relación a la investigación que se origina de los hechos denunciados por el propio Procurador, hace imposible que la Corte pueda pronunciarse al respecto.⁶⁰

1. La extemporaneidad de la interposición de la excepción preliminar

⁵⁵ Entre otros, el Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, REMHI, que elaboró el informe Guatemala: nunca más (Guatemala, 1998) y la Comisión de Esclarecimiento Histórico.

⁵⁶ Comisión de Esclarecimiento Histórico. Guatemala: memoria del silencio: conclusiones y recomendaciones. Guatemala, CEH, 1999.

⁵⁷ Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG) *Nunca Más I: Impactos de la Violencia* Guatemala, 1998, p. 33; CEH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, 1ª edición, Guatemala, 1999. Párrafo 622.

⁵⁸ Corte IDH., Caso Cantos vs Argentina, Sentencia de Excepciones Preliminares, 7 de septiembre de 2001, párrafo 27 y 30.

⁵⁹ En este sentido ver Sentencia Arbitral del 31 VII. 1989 sobre la delimitación de la frontera marítima entre Guinea Bissau y Senegal, citada por la Corte en Caso Cantos vs Argentina, Sentencia de Excepciones Preliminares, 7 de septiembre de 2001, párrafo 31.

⁶⁰ Demanda del Estado., cit., paginas 27, 28 y 29.

De conformidad con la jurisprudencia constante de la Corte, para analizar el agotamiento de los Recursos de la Jurisdicción interna se deben en tomar ciertos criterios. Inicialmente se debe analizar la renuncia expresa o tácita por parte del Estado Demandado⁶¹; en segundo lugar debe analizarse el momento oportuno de interposición de la excepción y; en tercer lugar, el Estado que alega el no agotamiento del recurso debe señalar los recursos internos que deben ser agotados y probar su efectividad para solucionar la situación.⁶²

Los Representantes de las víctimas y sus familiares, al analizar los dos primeros requisitos, consideramos que el Estado de Guatemala estaba obligado a invocar de manera expresa y oportuna la regla de no agotamiento de los recursos internos, para oponerse válidamente a la admisibilidad de la denuncia ante la Comisión Interamericana, presentada el 8 de septiembre de 1998.

En este sentido, según se desprende del informe de admisibilidad de este caso⁶³, los escritos presentados por el Estado durante la tramitación se limitaron a “informar, de manera inconclusa, sobre las diligencias efectuadas y por efectuar en el marco del Procedimiento Especial de Averiguación 2-98.”⁶⁴, sin embargo en ningún momento se opuso ante la Comisión de manera clara la excepción de agotamiento de recursos internos, como ésta lo señala en el referido informe:

“En cuanto a este aspecto de la admisibilidad, la Comisión observa que en el trámite del presente asunto el Estado no opuso en ningún momento la excepción de no agotamiento de recursos internos respecto a los habeas corpus y procedimientos especiales de averiguación”⁶⁵.

En este sentido, de conformidad con los artículos 46 y 47 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana tiene las facultades para decidir respecto del agotamiento de los Recursos Internos y determinar la admisibilidad o no de una petición en ejercicio de sus facultades, una vez realizado este procedimiento, y con el objeto de obtener certeza jurídica y seguridad procesal, opera el principio de preclusión procesal, según el cual el proceso se desarrolla mediante etapas sucesivas y la clausura definitiva de cada una de ellas, imposibilitándose el regreso a etapas previas, ya extinguidas y consumadas. Una vez que la Comisión ha tomado una determinación sobre la admisibilidad del caso, previo análisis de los argumentos de las partes, esta decisión es de carácter “definitivo” e “indivisible”.⁶⁶

Por lo anterior, se desprende que el Estado al no haber alegado en el momento oportuno el no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, renunció tácitamente a invocar dicha excepción. En este sentido la Corte Interamericana ha señalado que

“para oponerse válidamente a la admisibilidad de la denuncia... el Estado debía haber invocado de manera expresa y oportuna la regla de no agotamiento de los recursos internos”⁶⁷

De igual forma la Corte ha señalado que

“La excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual podrá presumirse de la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado”⁶⁸

⁶¹ Asunto Viviana Gallardo y otras, decisión de 13 de noviembre de 1981, párr. 26

⁶² Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, párr 88; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. párr. 87; Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 90; Caso Gangaram Panday, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, párr. 38 y Caso Neira Alegría y otros, Excepciones Preliminares, Sentencia de 11 de diciembre de 1991, párr. 30

⁶³ Informe No 79/01, Caso 12.101 Marco Antonio Molina Theissen de 10 de octubre de 2001

⁶⁴ Ibidem, párrafo 26

⁶⁵ Ibidem, párrafo 26.

⁶⁶ Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, Corte IDH, Caso Gangaram Panday, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, párrs. 1-11; Caso Castillo Páez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 30 de enero de 1996, párrs.1-17; Caso Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero de 1996, párrs. 1- 17.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 1º de febrero de 2000, párrs. 54 y 55.

En virtud de estos argumentos, la Honorable Corte deberá rechazar *in limine* la excepción presentada en este sentido por el Estado.

2. El Estado que alega el no agotamiento del recurso debe señalar los recursos internos que deben ser agotados y probar su efectividad para solucionar la situación.

En relación a la invocación de la excepción al agotamiento de los recursos internos presentados por el Estado de Guatemala con relación al inicio de un proceso penal que a la fecha se encuentra en trámite ante el Juez Quinto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente, consideramos lo siguiente:

La Corte en su jurisprudencia, ha determinado que el Estado al fundamentar su excepción debe demostrar la eficacia del procedimiento enunciado y la efectividad del mismo. Es decir, la mera alusión al desarrollo de los procesos mencionados no es suficiente para tener por interpuesta la excepción.⁶⁹ En el caso concreto, es importante señalar que ante la Comisión Interamericana, los peticionarios señalamos de forma puntual los recursos internos que fueron agotados analizando la poca efectividad de cada uno de éstos:

“Los peticionarios alegan que los familiares de la presunta víctima interpusieron varios recursos de exhibición personal (*habeas corpus*), el primero de ellos habría sido interpuesto el mismo 6 de octubre de 1981, otro el 23 de junio de 1996 y el último el 12 de agosto de ese mismo año. Asimismo alegan que solicitaron dos procedimientos especiales de averiguación sin que ninguno hubiera tenido resultados positivos. El primero, el 14 de enero y, el segundo, el 5 de febrero de 1998. Los peticionarios alegan que el fracaso de estos recursos, así como la falta de voluntad del Estado para investigar la desaparición, justifican la aplicación de la excepción al agotamiento de los recursos internos por demostrada ineficacia de los mismos”⁷⁰

La Comisión Interamericana en el informe de admisibilidad retomó este aspecto señalando que el Estado únicamente se limitó a reseñar información del trámite, sin precisar el alcance de las diligencias ni los avances de las mismas:

“En las comunicaciones remitidas por el Estado, éste se abstuvo de brindar información a la CIDH sobre el estado del trámite de un primer Procedimiento Especial de Averiguación presentado ante la Corte Suprema de Justicia el 14 de enero de 1998, así como sobre el trámite y resultado de los cinco recursos de exhibición personal planteados en favor de Marco Antonio Molina Theissen”⁷¹

Conforme lo anterior, el Estado al interponer la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos, intenta retrotraer una discusión que ya fue decidida por la Comisión al resolver la admisibilidad de la petición. La Corte tiene la facultad para analizar este extremo de conformidad con su facultad inherente para ejercer su jurisdicción *in toto*, sin que esto suponga revisar el procedimiento que se llevó a cabo ante la comisión sobre un caso que ha sido sometido a la Corte⁷². Aún así, la Corte deberá apreciar que el Estado, nuevamente incurre en error, al limitarse meramente a informar de la existencia de un proceso abierto desde hace 5 años, el cual no ha concluido, ni se ha demostrado su efectividad. La Corte, al analizar situaciones similares ha manifestado:

“Sobre la materia, la Corte establece que el Estado no ha precisado de manera inequívoca el recurso con el cual debía agotarse el procedimiento interno y la efectividad que tendría dicho recurso”⁷³

⁶⁸ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 88; *Caso Godínez Cruz*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 90; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, párrs. 87; *Caso Loayza Tamayo*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero de 1996, párr. 40.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Castillo Páez*, Sentencia de Excepciones Preliminares, párrafo 44

⁷⁰ Informe No 79/01, Caso 12.101 Marco Antonio Molina Theissen de 10 de octubre de 2001, párrafo 14

⁷¹ *Ibidem*, párrafo 19.

⁷² Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 64

⁷³ Corte IDH, *Caso Castillo Páez*, supra cita 54, párrafo 44.

Los representantes de las víctimas y sus familiares, queremos hacer notar que el proceso penal al cual hace referencia el Estado, ha sido ampliamente cuestionado por inefectivo y deficiente, al respecto señalábamos en nuestro escrito de demanda⁷⁴:

“Las actuaciones judiciales para establecer las causas e identificar y sancionar a los responsables de la desaparición de la víctima se han caracterizado por una serie de deficiencias en la investigación. Por ejemplo, a pesar de que el Procurador de los Derechos Humanos en su informe a la CSJ sobre las diligencias practicadas en el Procedimiento Especial de Averiguación No. 2-98, solicitó las declaraciones indagatorias del General Romeo Lucas García, Presidente de la República, Manuel Benedicto Lucas García, Jefe del Estado Mayor General del Ejército, René Mendoza Palomo, Ministro de la Defensa, Pedro García Arredondo, Jefe del Comando Seis, Luis Francisco Gordillo Martínez, Comandante del Cuartel Lisandro Barillas de Quezaltenango y del civil Cesar Augusto Sandoval Meda,⁷⁵ no fue iniciada la correspondiente etapa del juicio y las diligencias de indagatoria no fueron realizadas.⁷⁶”

De hecho, según las piezas procesales que obran en el expediente, dicha solicitud había sido directamente formulada por el Procurador de Derechos Humanos al Juzgado Quinto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, autoridad a la que la Corte Suprema de Justicia había designado como contralor del procedimiento de averiguación,⁷⁷ porque a su juicio de las diligencias practicadas por su despacho se podía establecer la participación de dichas personas “habida cuenta que eran los autores mediatos de la política represiva planificada desde el poder Ejecutivo y la Comandancia General del Ejército de Guatemala.”⁷⁸

Consta en el referido informe que el Ministerio de la Defensa Nacional no atendió su solicitud de información relativa a los nombres y direcciones de las personas que estuvieron al mando de la Inteligencia Militar de 1981 a 1986. Consta, además, que el Procurador inclusive solicitó al Presidente de la República, Alvaro Arzú, girar instrucciones al Ministro de la Defensa para que aportara la información solicitada por su despacho, sin resultado alguno.

A pesar de la investigación realizada por el Procurador⁷⁹ que claramente establecen que la desaparición forzada de Marco Antonio Molina “obedeció a la política de represión diseñada y ejecutada por el Estado”, hasta la fecha no se han realizado las indagatorias respecto de las personas sugeridas y señaladas en dicho informe, y si tales indagatorias se agotaron tampoco tuvimos acceso a ellas, impidiendo de esta manera que los familiares conozcan la verdad sobre el paradero de la víctima y sobre los acontecimientos del caso. El último dato que conocemos de este recurso, es la comunicación del Juzgado Contralor, del 29 de marzo de 2000, donde vuelve a referirse sobre los civiles y militares involucrados, señalando la necesidad de investigar cual es el grado de participación de cada uno de ellos, así como los domicilios donde pueden ser localizados. En suma, no se ha iniciado un juicio para sancionar a los responsables y se desconoce lo ocurrido al niño Molina.”

Conforme lo anterior, es evidente que después de transcurridos más de 20 años de los lamentables sucesos, el Estado Guatemalteco no ha cumplido sus obligaciones de protección, investigación y sanción

⁷⁴ Demanda de los Representantes, cit., paginas 53 y ss

⁷⁵ Véase copia de informe presentado el 25 de septiembre de 1999 por el Procurador de los Derechos Humanos a la Corte Suprema de Justicia que obra en el Anexo No. 20. Demanda de la CIDH.

⁷⁶ Demanda de la CIDH, Párr. 112.

⁷⁷ Véase copia de la constancia de recibido del Procedimiento Especial de Averiguación en el despacho del Juzgado Quinto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente que obra en el Anexo No. 14. Demanda de la CIDH.

⁷⁸ Demanda de la CIDH, Párr. 113.

⁷⁹ Como menciona la CIDH, en su demanda el Procurador practicó diligencias encaminadas a establecer los autores responsables de los hechos tales como las conducentes para establecer el dueño del vehículo en el que secuestraron a Marco Antonio Molina, a través del número de la placa tomado por la madre de la víctima; escuchó las declaraciones sobre los hechos de la madre y las hermanas de la víctima sobre las circunstancias de los hechos y el móvil de los mismos, así como la de un ex funcionario de Inteligencia Militar, sobre los mecanismos utilizados por esa estructura en la represión durante el periodo de gobierno del General Romeo Lucas García; se dirigió a las autoridades militares a efectos de establecer los nombres y las direcciones de los directores del Servicio de Inteligencia Nacional; indagó por la identidad del Jefe de seguridad del Congreso de apellido Orellana quien informó a la familia que al niño Molina Theissen lo tenía detenido el Ejército y que el número de placas de la camioneta en que se llevaron a la víctima era una de las utilizadas por el Ejército; estableció la identidad de la persona que pretendió negociar la libertad del niño y que dicho sujeto había participado en otras negociaciones en nombre de la G-2 y pidió la indagatoria de los más altos funcionarios del poder militar para la época de los hechos.

de los responsables, ni ha realizado esfuerzos necesarios para ubicar el paradero de la víctima. Consideramos que la Corte al analizar esta circunstancia deberá retomar su jurisprudencia al respecto, especialmente cuando la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo.⁸⁰

De acuerdo a nuestros argumentos, solicitamos a la Corte que rechace *in limine* la pretendida excepción de falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

D. Respeto de las consideraciones realizadas por el Estado en materia de Reparaciones y allanamiento parcial de responsabilidad

El Estado en su escrito manifiesta su disposición a entregar en concepto de reparación pecuniaria del daño la suma de Q 400.000.00. ofrecidos en el trámite de la solución amistosa ante la CIDH. Con relación a las medidas de satisfacción el Estado manifiesta que los hechos objeto de la demanda fueron realizados dentro del conflicto armado, y que dichas prácticas fueron realizadas por organizaciones insurgentes y agentes estatales y paramilitares. En tal sentido, propone que la Corte en su resolución invite a los representantes de los grupos insurgentes de esa época a realizar conjuntamente con el Estado un reconocimiento de dichos actos. Igualmente y con relación al planteamiento de la Comisión de crear un salón conmemorativo como medida de satisfacción o reparación moral (sic), estima que dicha solicitud se puede aceptar bajo la condición que la sala de un inmueble del Estado sea denominado "Salón de resguardo a la memoria histórica del conflicto armado interno", y en el mismo se provea de información sobre las víctimas del conflicto armado, con espacio especial para aquellos menores de edad que fueron víctimas de violencia o sufrieron muerte durante los 36 años de dicha confrontación interna en el país. El Estado manifiesta que éste deberá ser inaugurado por representantes del Estado, de las organizaciones insurgentes y de la sociedad civil.⁸¹

Inicialmente, es pertinente recalcar, que en nuestro escrito de demanda se incorporó un capítulo que contiene nuestras pretensiones en materia de reparaciones respecto de los hechos causados por agentes del Estado guatemalteco, el cual no fue contestado por el Estado en su escrito, situación que la Corte deberá considerar bajo el prisma del artículo 37, 2 de su Reglamento.

Sin embargo, la respuesta del Estado requiere de algunas precisiones y respuestas que procedemos a realizar. Con relación al contexto general en el que se desarrollaron los hechos objeto de la demanda estos fueron ampliamente trabajados en nuestro escrito. Al respecto, es evidente que éstos se producen en el marco del conflicto armado que sacudió a Guatemala durante varias décadas y en el que el accionar de los agentes estatales se caracterizó por la doctrina de la destrucción del "enemigo interno" y la justificación de variados métodos criminales para la obtención de este fin. En este sentido manifestábamos en nuestra demanda:

"En relación con sus orígenes, de acuerdo con la CEH esta práctica cruel de represión, constante y sistemática, surgió en Guatemala en 1966, lo que coincide con una etapa de intensificación de la violencia y el terrorismo como políticas de Estado. Sus víctimas pertenecían a todos los sectores de la sociedad guatemalteca, pero en mayor proporción fueron dirigentes de las organizaciones opositoras y populares, trabajadores, campesinos, maestros, líderes estudiantiles, y religiosos o sus auxiliares seculares. Los autores o agentes responsables de los secuestros, detenciones, torturas y posterior asesinato de los "desaparecidos", por lo general, fueron los agentes de seguridad o las organizaciones paramilitares"

Ello no significa que aceptemos, como lo pretende el Estado, que la desaparición de Marco Antonio y la detención y tortura previa de su hermana Emma, se justifica por el conflicto armado. Lo cual supondría aceptar que éstos y en especial el niño pertenecían a alguno de los grupos insurgentes inmersos en la guerra. Ya fuimos explícitos en nuestra demanda, al señalar la lógica y el *modus operandi* en el que se realizaron tan macabros actos:

"En 1980, a raíz del asesinato de su compañero Emma, tuvo que esconderse y huyó fuera de la ciudad de Guatemala. El 27 de septiembre de 1981, fue arbitrariamente detenida por efectivos militares que la mantuvieron en custodia de manera

⁸⁰ Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, párrafos 91, 94 y 95.

⁸¹ Demanda del Estado., cit., páginas 37 y 38.

ilegal y clandestina durante nueve días en las instalaciones del Cuartel Militar, "Manuel Lisandro Barillas", en Quetzaltenango. Durante el tiempo de su detención permaneció incomunicada, vendada y esposada a la pata de una litera. Fue interrogada constantemente de manera violenta, sufriendo toda clase de torturas: repetidas violaciones sexuales por varios miembros del ejército, golpes, patadas, descargas eléctricas y tortura psicológica. Tampoco recibió alimentos ni agua en todo ese tiempo. Al noveno día de su detención, había perdido tanto peso que logró zafarse las esposas y escaparse de sus aprehensores por una ventana. Al día siguiente de la fuga, su hermano Marco Antonio de 14 años de edad fue secuestrado por efectivos militares"⁸².

Por lo anterior, los representantes de las víctimas y sus familiares, rechazamos la pretensión del Estado de caracterizar la responsabilidad del acto, bajo la pluralidad de actores actuantes en el conflicto armado. Es evidente y así lo señala la Comisión Interamericana en su demanda y lo respaldamos plenamente los representantes, que fueron agentes del Estado claramente identificados los responsables de los hechos. Por tal razón solicitamos a la Corte que al analizar la situación fáctica tenga en cuenta estas consideraciones y las contenidas en nuestra demanda.

Por otra parte, y en relación con la oferta del Estado y la suma ofrecida por concepto de reparación, por razones evidentes rechazamos este ofrecimiento y remitimos a nuestras consideraciones al respecto en el capítulo III titulado "Pretensiones en Reparaciones y Costas".⁸³ Sin embargo y en este aspecto es importante señalar que además de la pretensión del establecimiento de la "Sala de los Derechos del Niño: Marco Antonio Molina Theissen", los representantes solicitamos a la Corte otras medidas de satisfacción y garantías de no repetición de los hechos, de las cuales se puede inferir una aceptación tácita del Estado de conformidad con el artículo 37.2 del Reglamento y así sugerimos que la Corte lo analice. Si este criterio no es aceptado por la Corte, en el momento procesal oportuno realizaremos la justificación de lo solicitado en este rubro de la demanda.

Por último, y con relación al allanamiento parcial ofrecido por el Estado en su escrito respecto de los artículos 25 y 1 de la Convención, solicitamos a la Honorable Corte que al momento de estudiar éste, tenga en cuenta los hechos del caso, los argumentos manifestados por las partes, su amplia jurisprudencia y la evidente articulación teleológica que ha sido señalada entre los derechos que garantiza la Convención.

PETITORIO

Solicitamos a la Corte Interamericana que al resolver los aspectos relativos a la respuesta del Estado en el caso de la referencia declare:

1. Que la Corte considere la omisión del Estado a referirse a nuestros argumentos, como una renuncia tácita de su oportunidad procesal para dar respuesta a nuestros planteamientos y una aceptación de nuestras pretensiones de acuerdo a lo establecido con el artículo 37.1 del Reglamento.
2. Que conforme a los argumentos desarrollados en el presente escrito, rechace *in limine* la excepción preliminar de incompetencia *Ratione Temporis* presentada por el Estado de Guatemala respecto de los hechos que anteceden a la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte.
3. Que la Corte es competente para pronunciarse sobre todos los hechos que conforman el presente caso, ya que éstos constituyen violaciones continuadas a una serie de derechos reconocidos en la Convención Americana.
4. Que la Corte rechace *in limine* la excepción preliminar *ratione temporis* para conocer de los derechos a la vida, libertad personal, integridad física y psicológica y derechos del niño, y proceda a analizar en la etapa de fondo del asunto las violaciones cometidas por el Estado de Guatemala a los derechos reconocidos en la Convención Americana.
5. Que la Corte rechace la excepción preliminar *ratione persona* o falta de legitimación activa por carecer de fundamento y claridad en los pasos de la operación en la que la sustenta.

⁸² Demanda de los Representantes, cit., página 16

⁸³ Ibidem., páginas 61 y ss.

6. Que la Corte rechace *in limine* la excepción por falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.
7. Que tenga en cuenta nuestro rechazo al ofrecimiento del Estado en materia de reparación del daño pecuniario y nuestros argumentos con relación al allanamiento parcial presentado por el Estado respecto al artículo 25 y 1 de la Convención.

Aprovechamos la oportunidad para expresar a vuestra excelencia nuestras muestras de consideración y estima,

Viviana Krsticevic
Viviana Krsticevic
Directora Ejecutiva
CEJIL



Juan Carlos Gutiérrez
Director CEJILMESOAMERICA