



Asamblea General

Distr. general
12 de octubre de 2020
Español
Original: inglés

Septuagésimo quinto período de sesiones

Tema 72 b) del programa

Promoción y protección de los derechos humanos:

**Cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios
de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos
y las libertades fundamentales**

Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias

Nota del Secretario General*

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Agnès Callamard, presentado en cumplimiento de la resolución [73/172](#) de la Asamblea General.

* Este informe se presenta con retraso para poder incluir en él la información más reciente.



Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias

Las fosas comunes como fenómeno que pone de relieve la multitud de lugares en que se produjeron matanzas y muertes ilícitas a lo largo de la historia y en todo el mundo

Resumen

El presente informe se centra en las fosas comunes, que ponen de relieve la multitud de lugares en que se produjeron matanzas y muertes ilícitas a lo largo de la historia y en todo el mundo. La Relatora Especial expone algunas de las complejas cuestiones normativas y prácticas que plantea la existencia de las fosas comunes e identifica el abanico de interesados y de reivindicaciones que tienen que ver con su cuidado y manejo. La Relatora Especial establece un compendio preliminar de las normas de derechos humanos y de las medidas que podrían adoptarse para tratar las fosas comunes de manera respetuosa y legal. Exhorta a los Estados en cuyo territorio haya lugares de inhumación y a la comunidad internacional a que defiendan los numerosos derechos asociados a su existencia.

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	4
II. Fosas comunes: magnitud y definición	5
III. Enfoques referidos a las fosas comunes: prácticas y temas	8
IV. Marco de derechos humanos para el trato respetuoso y legal de las fosas comunes	16
V. Conclusión.....	26
VI. Recomendaciones	26

I. Introducción

“... (los muertos) ... que en esta tierra forman un mapa subterráneo de las atrocidades, el cual se extiende por toda la superficie del planeta”¹

1. El presente informe² es producto de las preocupaciones expresadas por la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Agnès Callamard, en el sentido de que la comunidad internacional tiene la responsabilidad de proteger y tratar debidamente las fosas comunes y los lugares donde se han producido matanzas, y de apoyar a los países y comunidades donde se sitúan esos lugares. Sin embargo, esta responsabilidad no se entiende, ni se detalla o reconoce, en toda su extensión.

2. En sus misiones a El Salvador, el Iraq e Italia, y en conversaciones con las familias de las víctimas de ejecuciones arbitrarias o desapariciones forzadas, de México a la República Árabe Siria, y con organizaciones de la sociedad civil que trataban de averiguar la suerte que habían corrido miles de personas, supuestamente enterradas en fosas comunes o que yacían en el fondo de los océanos, a la Relatora Especial le llamó la atención el carácter central que los lugares en que se habían producido muertes violentas e ilícitas ocupaban en las vivencias de las personas y en el relato de su vida cotidiana. Nunca se resaltarán lo suficiente la importancia emocional, personal, religiosa, social, jurídica e histórica de las fosas comunes para las familias de los enterrados, para los supervivientes y sus comunidades, para los países afectados y para toda la humanidad. Sin embargo, escasean las indicaciones que permitan orientarse en el extraordinariamente complejo paisaje de estos lugares.

3. Hay reivindicaciones contrapuestas con respecto a la propia fosa, que son distintas de las referidas a cada uno de los cadáveres. Las fosas comunes encierran pruebas de lo sucedido y revisten una importancia fundamental para el logro eficaz de la justicia formal. También son espacios de una pena íntima para aquellos cuyos seres queridos están enterrados en ellas. Muchas son lugares de memoria visible: son la prueba de sucesos atroces que, en la lucha por evitar la repetición y la regresión, no deben olvidarse nunca.

4. A pesar de la importancia que tienen las fosas comunes para tantas personas, sus múltiples dimensiones no han sido objeto de una atención completa desde el punto de vista de los derechos humanos, y en la bibliografía y los tratados se da prioridad principalmente a la excavación con fines de identificación e investigación. El presente informe no tiene por finalidad responder a todas las complejas cuestiones que la existencia de esos lugares plantea, sino suscitar un mayor interés y empeño internacionales en el estudio de esas cuestiones. Si bien recalca la importancia de la investigación y la identificación, el informe también hace un análisis de la multiplicidad de reivindicaciones de otra índole, insistiendo en que también forman parte del enfoque de derechos humanos por el que ha de regirse el trato respetuoso y legal de las fosas comunes.

5. Lo que está en juego son unos enfoques de derechos humanos que puedan ayudar a las comunidades y las autoridades a conciliar estos significados, intereses, objetivos y consideraciones dispares; unos métodos basados en los derechos humanos que contribuyan a las iniciativas orientadas a conciliar las diversas necesidades y aspiraciones de las partes interesadas, tanto inmediatamente después del descubrimiento de una fosa común como a lo largo del tiempo, a medida que los

¹ Adam Rosenblatt, “International forensic investigations and the human rights of the dead”, *Human Rights Quarterly*, vol. 32 (noviembre de 2010), pág. 924.

² Véase el informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición relativo a los procesos de memorialización.

recursos, las reivindicaciones y las condiciones van cambiando; y unos marcos de derechos humanos que ayuden a prevenir y responder ante todo paso en falso o ante una nueva violación cometida contra las fosas comunes y su valioso contenido³.

II. Fosas comunes: magnitud y definición

6. Nunca se ha determinado cuál es el número total de fosas comunes en todo el mundo, pero no sería exagerado decir que el número de lugares que se remontan únicamente al siglo XX supera las decenas de millares. Sin embargo, las fosas comunes más antiguas datan de hace 10.000 años. En el tiempo que le llevó a la Relatora Especial investigar el contenido del informe y redactarlo, se tuvo noticia del descubrimiento de una docena de fosas comunes nuevas en diferentes lugares del mundo. Por ejemplo, en abril de 2020, dos días antes de la conmemoración del genocidio de Rwanda, se descubrió en un embalse una fosa que podría contener 30.000 cuerpos⁴. No hay ninguna región del mundo, y ningún período histórico, que no haya sido escenario de una fosa común.

7. Muchas fosas comunes, aunque no todas, están asociadas a conflictos y violaciones en masa de los derechos humanos. En Camboya se han encontrado 19.733 fosas comunes resultantes de la devastación causada por el Khmer Rouge⁵. En 2020, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Burundi había descubierto al menos 4.000 fosas comunes excavadas durante los conflictos ocurridos desde 1962⁶. El número de fosas comunes del Holocausto descubiertas solo en Europa del Este es de más de 1.500. En España se han localizado al menos 2.000 fosas comunes asociadas a la guerra civil española, pero muchas más permanecen sin identificar⁷. En 2018, la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para el Iraq y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos documentaron la existencia de 202 fosas comunes en las zonas septentrional y occidental del Iraq, pero admitieron que podría haber muchas más⁸. Ese número es casi tan alto como las 250 fosas descubiertas que datan de la época de Saddam Hussein⁹. En 2020 se realizaron en Tulsa (Estados Unidos de América) excavaciones prospectivas en el contexto de la búsqueda de una fosa común de víctimas afroamericanas de una brutal masacre ocurrida en 1921¹⁰.

8. Hay fosas comunes que pueden no ser lugares de inhumación ni de descanso final, pero que pese a todo son lugares donde tuvieron lugar atrocidades o muertes en masa. Bajo el diluvio de bombardeos aéreos, los mercados, los hospitales, las escuelas

³ La Relatora Especial da las gracias a Carolyn Horn y Bach Avezdjanov, por su inestimable ayuda, y a los numerosos expertos que le proporcionaron asesoramiento y aportaciones. Debido a las restricciones ocasionadas por la enfermedad por coronavirus (COVID-19), no pudo viajar, como había previsto inicialmente, a países con variada experiencia en el manejo de las fosas comunes.

⁴ Véase <https://apnews.com/92881561cc0fc78dd4cb50842c76e5d0>.

⁵ Véanse <http://d.dccam.org/Projects/Maps/MappingKillingField.htm> y <https://uploads.knightlab.com/storymapjs/c7632c828011060f7d10c4f9f93eb19c/khmer-rouge-final-project/index.html>.

⁶ Véase www.bbc.com/news/world-africa-51112701.

⁷ José-Paulino Fernández-Álvarez y otros, "Discovery of a mass grave from the Spanish civil war using ground penetrating radar and forensic archaeology", *Forensic Science International*, vol. 267 (octubre de 2016), págs. e10 a e17.

⁸ Véase www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23831&LangID=E.

⁹ Véase <https://2001-2009.state.gov/g/drl/rls/27000.htm>.

¹⁰ Véase www.npr.org/sections/live-updates-protests-for-racial-justice/2020/07/14/890785747/excavation-begins-for-possible-mass-grave-from-1921-tulsa-race-massacre.

y las viviendas de Siria se han convertido en escenario de matanzas y entierros en masa¹¹.

9. También hay lugares de inhumación en masa vinculados a actividades delictivas. Se dice que, en el último decenio, el mar Mediterráneo se ha cobrado la vida de 20.000 migrantes, que murieron a manos de una combinación letal de violencia y codicia de los tratantes de personas, y de la falta de protección de los Estados¹². En Asia se han descubierto fosas comunes que, al parecer, contienen cuerpos de migrantes¹³. Entre 2006 y 2016, una investigación independiente realizada por periodistas mexicanos, con el apoyo del laboratorio Quinto Elemento, descubrió en México 1.978 fosas que contenían víctimas de la guerra contra las drogas¹⁴.

10. A pesar de su magnitud histórica y contemporánea, y su ubicuidad mundial, no existe una definición internacional de qué constituye una fosa común. No existe un consenso jurídico sobre las características de una fosa común, ni siquiera sobre el número mínimo de personas que ha de contener. Para algunos, se considera fosa común si hay enterradas juntas seis o más personas¹⁵; para otros, basta con que haya más de una¹⁶. Los peritos forenses definen una fosa común como un lugar de enterramiento que contiene los restos, a menudo mezclados, de numerosas personas¹⁷, con geometrías muy variadas que adoptan la forma de una zanja, o una fosa, bien organizada o dividida en secciones y con densidades de ocupación variables⁷.

11. Para muchos expertos forenses y de derechos humanos, otro requisito previo es que el lugar esté asociado a violaciones en masa de los derechos humanos y/o que dé lugar a una obligación de investigar. Por lo tanto, una fosa común es un lugar de enterramiento que contiene los restos de dos o más víctimas de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias¹⁸ y/o es un posible repositorio de pruebas de matanzas de civiles y prisioneros de guerra durante un conflicto armado (S/1994/674/Add.2 (Vol. I), párr. 503 a) y b)).

12. La Relatora Especial adopta la siguiente definición: una fosa común es un lugar de enterramiento en el que las circunstancias que rodean a la muerte y/o el método de eliminación del cuerpo justifican una investigación sobre su legalidad¹⁹. Esta definición se centra en dos aspectos de las fosas comunes que, de otro modo, podrían pasar desapercibidos o recibir atención insuficiente.

13. En primer lugar, permite incluir las fosas comunes resultantes de un desastre natural, como un terremoto o un tsunami, o de una pandemia, que, en ambos casos,

¹¹ Véanse los numerosos incidentes enumerados en el informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria, de 28 de enero de 2020 (A/HRC/43/57).

¹² Proyecto sobre Migrantes Desaparecidos, Organización Internacional para las Migraciones. Véase <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

¹³ Véase www.npr.org/sections/thetwo-way/2015/05/25/409472246/police-malaysia-uncovers-139-mass-graves-believed-to-hold-migrants.

¹⁴ Véase <https://theintercept.com/2018/12/13/mexico-drug-war-mass-graves/>.

¹⁵ William D. Haglund y otros, "The archaeology of contemporary mass graves", *Historical Archaeology*, vol. 35, núm. 1 (2001), págs. 57 a 69.

¹⁶ Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016), versión revisada, párr. 110.

¹⁷ Allan D. Pass y Ayn Embar-Seddon, "Mass graves", en *Forensic Science*, segunda edición (Salem Press, 2015).

¹⁸ Véanse la resolución 60/147 de la Asamblea General, el documento E/CN.4/2005/102/Add.1 y el Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016), versión revisada, glosario, "restos mezclados".

¹⁹ Melanie Klinkner y Ellie Smith, "Mass grave protection and investigation guidelines" (próxima publicación). Véase www.bournemouth.ac.uk/research/projects/mass-grave-protection-truth-justice (sitio web del proyecto).

hacen entrar en juego la responsabilidad del Estado y/o de agentes no estatales. En el momento de redactarse el presente informe, la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) había provocado una explosión de inhumaciones en masa, desde Manaus (Brasil)²⁰ hasta Nueva York, que en algunos casos podrían considerarse fosas comunes²¹.

14. En segundo lugar, independientemente de las causas y circunstancias de la muerte, lo que distingue a las fosas comunes de otros lugares de enterramiento en masa son la violación de los derechos póstumos y el desprecio de los ritos funerarios²², incluida la supresión o incluso la aniquilación de la identidad individual, cultural o religiosa tras la muerte. Un factor diferenciador es el trato dispensado a los cuerpos en el momento de la muerte y después de ella, es decir, la manera en que se manipulan los restos, por ejemplo el hecho de que se oculten los restos, o el modo en que se proceda a ocultarlos.

15. Por ejemplo, no todas las inhumaciones en masa tras un desastre o una pandemia son iguales. Se trata de determinar en qué medida se ha enterrado respetuosamente a las personas, aunque sea temporalmente, y si se protege la identificación de cada una²³, en lugar de, por ejemplo, apilar cientos de ataúdes a tres alturas en zanjas²⁰ o, lo que es peor, usar maquinaria pesada para meter cientos de cadáveres en fosas medio llenas de basura.

16. En el peor de los casos, las fosas comunes son escenario de múltiples violaciones a lo largo del tiempo. Puede que las autoridades estatales nieguen su existencia o reescriban su historia. Los procedimientos especiales de las Naciones Unidas han denunciado tanto el presunto encarcelamiento de personas en la República Islámica del Irán por buscar o mencionar fosas comunes, como la presunta destrucción o destroz de fosas comunes, entre otras cosas arrasándolas con maquinaria pesada, escondiéndolas bajo lugares de sepultura nuevos e individuales, cubriéndolas con placas de hormigón, edificios o carreteras, o convirtiéndolas en vertederos de basura²⁴.

17. A continuación se exponen algunas de las características de las fosas comunes:

a) Los números importan. Sin recomendar un número concreto, la Relatora Especial pide que se trabaje para establecer una mayor distinción entre una fosa común de dos a seis cuerpos y las que contienen los restos de cientos o miles de personas. Con ello no pretende sugerir que los lugares que contienen menos cuerpos merecen menos atención, sino que las cuestiones jurídicas, de política, logísticas, políticas y de memorialización que suscitan son distintas de las asociadas a los lugares donde se han producido grandes entierros en masa;

b) Las fosas comunes son prueba de la comisión de violaciones en masa de los derechos humanos y del derecho humanitario, entre ellas el no respeto del derecho

²⁰ Véase www.theguardian.com/world/2020/apr/30/brazil-manaus-coronavirus-mass-graves.

²¹ Véase www.npr.org/sections/coronavirus-live-updates/2020/04/10/831875297/burials-on-new-york-island-are-not-new-but-are-increasing-during-pandemic. Los cuerpos inhumados en masa en Hart Island fueron aquellos que no habían sido reclamados por un familiar o ser querido.

²² Véase <http://lastrights.net/>.

²³ Véase www.paho.org/disasters/newsletter/index.php?option=com_content&view=article&id=306:a-disaster-myth-that-just-wont-die-mass-burials-and-the-dignity-of-disaster-victims&catid=153&Itemid=198&lang=enhttps://www.researchgate.net/publication/24205755_Guidelines_for_the_effective_conduct_of_mass_burials_following_mass_disasters_Post-Asian_Tsunami_disaster_experience_in_retrospect.

²⁴ Véanse A/HRC/WGEID/111, IRN 21/2017 y A/72/322. La República Islámica del Irán rechaza estas acusaciones, aduciendo que se ha producido un desmantelamiento de cementerios debido al crecimiento urbano, el cual se ha efectuado con arreglo a los planes de desarrollo urbano. Véase también <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=33648>.

a la vida. Además, pueden revelar que el Estado no ha protegido el derecho a la vida, por ejemplo por no haber actuado con la debida diligencia para prevenir o mitigar los efectos de un desastre natural, como un *tsunami*, o de una pandemia;

c) Las fosas comunes podrían constituir violaciones de los derechos póstumos, incluidos los ritos funerarios y de inhumación, y atentar contra el respeto en la manipulación de los restos;

d) Las fosas comunes ocultan la identidad individual de aquellos cuyos restos contienen, violando el derecho de cada víctima a una identidad en la muerte, así como los derechos de las familias de las víctimas, que quedan sin conocer la suerte que corrieron sus seres queridos;

e) A menudo son las propias fosas comunes las que están ocultas. A veces sucede que, más tarde, acaban destruidas y profanadas, y su mera mención se convierte en posible delito o motivo de acoso;

f) Todos estos actos atentan contra la prohibición de las desapariciones forzadas, la obligación de investigar las ejecuciones extrajudiciales y el derecho a la verdad. También pueden ser un componente de los crímenes de genocidio, depuración étnica y delitos conexos.

18. Las fosas comunes justifican que se investiguen las circunstancias de las muertes ilícitas, las causas de esas muertes y la forma en que se trataron los cuerpos²⁵.

III. Enfoques referidos a las fosas comunes: prácticas y temas

19. La Relatora Especial estudió una serie de enfoques adoptados a lo largo de la historia y en la época contemporánea, en particular los relativos a Camboya, Colombia, España, el Iraq, la República Islámica del Irán, Rwanda, Viet Nam, los Balcanes y al contexto del 11 de septiembre en los Estados Unidos. También estudió las fosas comunes vinculadas al Holocausto. Aunque también examinó las fosas comunes relacionadas con la muerte ilícita de migrantes y con las víctimas de pandemias, la presente sección se centra sobre todo en las fosas comunes resultantes de la violencia en masa.

20. La Relatora Especial advierte que dicho estudio, aunque enriquecido por un examen de la bibliografía al respecto y por entrevistas con expertos, no constituye una evaluación o una valoración de lo que se ha hecho desde el punto de vista de los derechos humanos. Sin embargo, ha identificado, con el fin de resaltarlos, algunos temas clave en el tratamiento dado a las fosas comunes a lo largo del tiempo. Son los siguientes:

- a) Diferencias en los significados simbólicos;
- b) Objetivos distintos, y a veces contrapuestos, sobre todo en contextos de escasez de recursos;
- c) Discriminación y desigualdades en la muerte;
- d) Participación auténtica de las familias, los supervivientes y las comunidades.

²⁵ Melanie Klinkner y Ellie Smith, "Mass grave protection and investigation guidelines" (próxima publicación). Véase www.bournemouth.ac.uk/research/projects/mass-grave-protection-truth-justice.

A. Diferencias en los significados simbólicos

21. En un cementerio público, las tumbas individuales y otros elementos equivalentes recuerdan que quienes hoy están muertos ayer vivieron, amaron y lucharon. Tal vez tuvieron una buena vida y, si no tuvieron una buena muerte, ahora al menos tienen un buen lugar de descanso²⁶. La fosa común, sin embargo, es la ausencia de un buen lugar de descanso, una ausencia del derecho a la vida y al respeto en la muerte. El algo que exige respuestas de los vivos.

22. Las fosas comunes y los lugares donde se ha cometido una matanza (que no tienen por qué ser el mismo lugar) significan muchas cosas para muchas personas. Lo que simbolizan, y para quién, varía desde el punto de vista personal, religioso, cultural e histórico, de un sitio a otro, de un individuo a otro, de una comunidad a otra y de un país a otro. Por ejemplo:

a) En la Argentina, las fosas comunes y los cadáveres de los desaparecidos adquirieron una importancia política concreta en la lucha de algunas familias afectadas contra la dictadura responsable de las ejecuciones;

b) En España, tras la guerra civil, el Gobierno de Franco prohibió terminantemente que se mencionaran las fosas comunes. Tras la transición a la democracia, el mundo académico habló de un pacto de silencio, que se definió no como una imposición resultante de la represión política, sino como una forma de censura autoimpuesta y objeto de un control mutuo en todo el espectro político. Las representaciones colectivas y políticas de los muertos no estaban permitidas en este ambiente²⁷;

c) Creyendo que era importante utilizar las fosas comunes para ayudar a contrarrestar el legado del genocidio, Rwanda exhibió los huesos de algunas víctimas en los lugares de memoria para combatir las negaciones del genocidio y fomentar una visión más unificada del futuro del país²⁸;

d) En Srebrenica (Bosnia y Herzegovina), los cadáveres exhumados de fosas comunes fueron enterrados a continuación en cementerios comunes que, siendo lugares de descanso mucho más dignos, no reemplazaron los lugares originales. Las familias pueden visitar los lugares donde tuvieron lugar las ejecuciones y los entierros originales, que no siempre son accesibles al público en general²⁹.

23. El trato dado a las fosas comunes está determinado también por consideraciones religiosas y culturales, tanto en el momento de su descubrimiento como a lo largo del tiempo:

a) En algunos lugares del Holocausto, por ejemplo, las autoridades religiosas al parecer rechazaron la exhumación por considerarla contraria a las leyes del judaísmo, mientras que, en otros, prevalecieron opiniones diferentes y las excavaciones gozaron de respaldo por considerarse acordes con las leyes del

²⁶ La mayoría de las sociedades distinguen entre una muerte ‘buena’ y ‘mala’ y entre una muerte ‘feliz’ e ‘infeliz’. Esta distinción ha sido tratada abundantemente en la bibliografía antropológica de todo el mundo. En Caroline Bennett, “Who knows who we are? Questioning DNA analysis in disaster victim identification”, *New Genetics and Society*, vol. 33, núm. 3 (2014), págs. 239 a 256.

²⁷ Layla Renshaw, *Exhuming Loss: Memory, Materiality and Mass Graves of the Spanish Civil War* (Routledge, 2011), pág. 15.

²⁸ Véase www.nytimes.com/2004/02/26/world/10-years-later-in-rwanda-the-dead-are-ever-present.html; Laura Major, “Unearthing, untangling and re-articulating genocide corpses in Rwanda”, *Critical African Studies*, vol. 7, núm. 2, págs. 164 a 181.

²⁹ Véase Lara J. Nettelfield y Sarah E. Wagner, *Srebrenica in the Aftermath of Genocide* (Nueva York: Cambridge University Press, 2014).

judaísmo. Las decisiones se complicaron por la presencia de individuos de otros credos³⁰;

b) En Camboya, había al parecer quienes consideraban que la exhumación era imposible desde el punto de vista logístico y económico, pero también incongruente con los sistemas de creencias locales. En algunos casos, para simbolizar su pérdida, se entregaban cráneos a las familias de los desaparecidos, a sabiendas de que los cráneos no eran los de sus familiares. Según se indicó, para muchas familias, la celebración de ceremonias individuales, la incorporación de lugares en sus comunidades y la conmemoración espiritual eran más importantes³¹. Así, por lo general no se ha procedido a exhumaciones, y la inmensa mayoría de las fosas se han vuelto a convertir en tierras de cultivo;

c) En Rwanda se dijo que algunos consideraban que la limpieza de los huesos era una manera de cumplir el rito del lavado de los cuerpos que se practicaba tradicionalmente en la comunidad³²;

d) En Bosnia y Herzegovina, un célebre imán desempeñó al parecer un papel fundamental al permitir la participación de las mujeres en las ceremonias y al autorizar el entierro de restos parciales, adaptando así a la situación vivida los preceptos del islam³³.

24. También hay variación en otras perspectivas normativas. Algunos sostienen que los propios muertos tienen derechos humanos, o “derechos humanos residuales” a ser tratados con dignidad³⁴, independientemente de las necesidades y deseos de quienes han sobrevivido. Otros abogan por la adopción de medidas prácticas para reparar la indignidad y tratar con respeto a los muertos, pero no a fin de hacer efectivos sus derechos³⁵. Ambas perspectivas consideran que los propios muertos han resultado lesionados por las indignidades cometidas contra sus cuerpos, independientemente de que se considere en liza o no un derecho humano internacional.

25. Necesariamente, todo intento de reparación debe ser interpretado y efectuado por los vivos. Esto es algo que tal vez pueda enfocarse también desde la perspectiva de los muertos. Algunas culturas, como la de los maoríes, ven a los antepasados muertos como participantes activos en los asuntos de los vivos³⁶. Como mínimo, debería reconocerse que los vivos suelen tratar de interpretar lo que los muertos habrían querido, como hicieron algunas familias después de la Segunda Guerra Mundial, que consideraron que sus seres queridos no debían ser repatriados, sino que debían permanecer enterrados con quienes murieron junto a ellos³⁷.

³⁰ Caroline Sturdy Colls, “‘Earth hide not my blood’: forensic and archaeological approaches to locating the remains of Holocaust victims”, en *Human Remains in Society: Curation and Exhibition in the Aftermath of Genocide and Mass Violence*, Jean-Marc Dreyfus y Élisabeth Anstett, eds. (Mánchester: Manchester University Press, 2016), págs. 169 y 170; véase también <https://nationalpost.com/news/world/researchers-find-forgotten-holocaust-graves-without-digging-abiding-by-jewish-law>.

³¹ C. Etcheson, “Khmer Rouge prisons and mass graves”, en *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, Vol. 2, D. L. Shelton, ed. (Detroit: Macmillan Reference, 2005), págs. 613 a 615.

³² Laura Major, “Unearthing, untangling and re-articulating genocide corpses in Rwanda”.

³³ Entrevista con la Dra. Élisabeth Anstett, 20 de marzo de 2020.

³⁴ C. Moon, “Human rights, human remains: forensic humanitarianism and the human rights of the dead”, *International Social Science Journal*, vol. 65, número 215-216, pág. 59.

³⁵ A. Rosenblatt, “International forensic investigations and the human rights of the dead”, *Human Rights Quarterly*, vol. 32, núm. 4 (noviembre de 2010), págs. 947 a 950.

³⁶ *Ibid.*, pág. 932.

³⁷ Entrevista con el Dr. Jean-Marc Dreyfus, 12 de marzo de 2020.

B. Objetivos diversos y divergentes

26. Cuando se descubre una fosa común y/o se toman decisiones sobre su trato y manejo, afloran numerosos objetivos, a menudo contradictorios. Por ejemplo:

- a) La individuación e identificación, las cuales requieren una exhumación;
- b) La investigación de la escena del crimen y la reunión de pruebas;
- c) La memorialización;
- d) La (re)inhumación.

1. Individuación e identificación

27. En virtud del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, los restos humanos pertenecen a la familia y a ella han de ser devueltos, si así lo solicita, sin perjuicio de que se lleve a cabo una investigación penal, la cual constituye una obligación paralela y distinta. En varios lugares, las familias han exigido la individuación e identificación de las víctimas, a las cuales se ha procedido por iniciativa del Estado y/o con el apoyo de la comunidad internacional, a través de organizaciones como la Comisión Internacional sobre Personas Desaparecidas, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Equipo Argentino de Antropología Forense. A veces, esas medidas se han adoptado como parte de un proceso judicial. En otros casos, no dieron lugar a un juicio, como cuando se emprendieron muchas décadas más tarde.

28. La identificación positiva de los muertos implica fundamentalmente el reconocimiento de la angustia de las familias que desconocen la suerte que han corrido sus seres queridos. Sin la identificación y el reconocimiento legal de la muerte, no solo se niega a las familias de los desaparecidos la dignidad en su duelo, sino que además se ponen en su camino enormes obstáculos al ejercicio de sus derechos de sucesión. La identificación es un reconocimiento de que, por muchas razones, la sociedad en general también debe saber la verdad.

29. Si bien la identificación individual es un criterio de referencia predominante, la Relatora Especial observa sorprendida que las tasas de identificación efectiva de los restos son bajas, en particular si se comparan con el gran número de personas enterradas:

a) En la que posiblemente sea la iniciativa más fructífera hasta la fecha, se ha identificado al 75 % de las 30.000 personas desaparecidas en el conflicto de los Balcanes y al 90 % de las víctimas de Srebrenica, inicialmente gracias a la labor desempeñada por la Comisión Internacional sobre Personas Desaparecidas, y luego a la realizada en medida creciente por organizaciones locales. Croacia ha elaborado procedimientos operativos estándar para localizar y excavar fosas comunes tanto de la década de 1990 como de la Segunda Guerra Mundial, y ha erigido monumentos conmemorativos para las fosas de ambos períodos e identificado al mismo tiempo los restos encontrados en las fosas de la década de 1990. La llegada reciente de más fondos ha permitido recurrir a técnicas de identificación por ADN más avanzadas;

b) Los ataques del 11 de septiembre a las torres gemelas de Nueva York mataron a 2.753 personas. Solo se encontraron 293 cuerpos intactos, pero se recuperaron 21.900 restos humanos. Aproximadamente 1.100 víctimas (casi el 40 %) todavía no han sido identificadas oficialmente, a pesar de que se ha invertido una cantidad de recursos sin precedente en otros lugares del mundo³⁸;

³⁸ Véase www.cnn.com/2019/06/10/us/september-11-victim-identified/index.html. En relación con

c) En Camboya y Rwanda se ha dado nombre a las víctimas, pero en general sin recurrir a la excavación, la individuación y la identificación. En muchos casos, se supone que una determinada persona está enterrada en una fosa común concreta porque tal vez se haya identificado el cuerpo de uno o varios vecinos suyos³⁹;

d) Parece que son pocas las víctimas identificadas entre las halladas en fosas del Afganistán, el Iraq y la República Democrática del Congo, entre otros países.

30. Preocupa que la importancia que, de manera predominante, se atribuye a la identificación pueda no convenir a la gran mayoría de las familias y pueda incluso intensificar su dolor, “creando casi un trauma secundario” en caso de que sus esperanzas no se hagan realidad. Convendría que, antes de nada, se estudiaran métodos para cooperar con las familias, a fin de minimizar esta posibilidad⁴⁰.

31. En algunos casos, puede no ser necesario proceder a la investigación forense de la fosa común. En los principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas se establece que la búsqueda del cuerpo puede suspenderse en circunstancias en las que “no exista posibilidad material de recuperar a la persona, una vez agotado el análisis de toda la información alcanzable y la investigación de todas las hipótesis posibles”⁴¹. Sin embargo, “En ningún caso, la suspensión de la búsqueda de una persona desaparecida podrá llevar al archivo de (...) la investigación del delito”, lo que por consiguiente sugiere la posibilidad de que se haga justicia en ausencia del cuerpo. El CICR también ha señalado que, si bien la identificación de los restos es parte integrante de muchas investigaciones penales, si el proceso entraña la exhumación de una fosa común, es posible que la causa de la muerte ya se conozca o sea obvia, y que la identificación sea la tarea más difícil y que requiera más recursos⁴².

2 Investigación de la escena del crimen

32. Las fosas comunes son escenas del crimen que contienen pruebas sobre probables violaciones graves de los derechos humanos, lo cual entraña las obligaciones de investigar y de iniciar un proceso formal de rendición de cuentas. Una fosa común también sugiere que los restos fueron manipulados ilegalmente, con la intención de obstruir no solo su devolución a los seres queridos, sino también la

el 11 de septiembre, los Estados Unidos habían gastado hasta 2016 más de 80 millones de dólares en la identificación de personas (véase www.newscientist.com/article/mg23230961-100-picking-up-the-pieces/). El costo del museo y la plaza que conmemoran las vidas de los fallecidos fue de aproximadamente 700 millones de dólares y su presupuesto operativo es de aproximadamente 63 millones de dólares (véase www.nbcnews.com/news/us-news/700-million-counting-9-11-museum-opens-money-worries-n106536). Véase, en general, Jay D. Aronson, *Who Owns the Dead? The Science and Politics of Death at Ground Zero* (Cambridge: Harvard University Press, 2016).

³⁹ Entrevista con expertos de Rwanda, septiembre de 2020.

⁴⁰ Entrevista con Robin Reinecke, sociólogo investigador asistente, Southwest Center, Universidad de Arizona.

⁴¹ CED/C/7, principio 7.

⁴² El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) también ha destacado esta distinción, indicando que, en el contexto nacional, la labor de los especialistas forenses constituye una extensión del proceso jurídico nacional. La identificación de los restos es parte integrante de la investigación penal y va de la mano del proceso de determinación de la causa de la muerte. Sin embargo, en un contexto en el que hay personas desaparecidas, especialmente cuando la investigación entraña la exhumación de fosas comunes, es posible que la causa de la muerte ya se conozca o sea obvia, y la identificación puede ser la tarea más difícil y que requiera más recursos (“The missing: action to resolve the problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families – final report and outcome” (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003). Puede consultarse en www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_themissing_102002_en_3.pdf.

labor de la justicia formal. En otras palabras, una fosa común significa la comisión de una multiplicidad de delitos.

33. Las fosas comunes plantean el singular problema de la exhumación. Cuando se reúnen las condiciones para una exhumación eficaz y respetuosa, ese proceso puede contribuir en gran medida al cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, hay otras formas de buscar justicia que no requieren perturbar las fosas, en particular cuando los autores y los testigos siguen vivos y los presuntos culpables ya están presos:

a) En algunas causas penales internacionales (Bosnia y Herzegovina y Croacia, así como Kosovo⁴³), las pruebas obtenidas a partir de las fosas comunes han sido importantes no solo para establecer cuál fue el crimen principal que se cometió y, de ser posible, esclarecer la implicación de autores de nivel superior, sino también para contrarrestar la ideología revisionista, por ejemplo en lo que respecta al número de víctimas⁴⁴;

b) En Camboya y Rwanda, en cambio, las excavaciones no desempeñaron un papel importante en el proceso de justicia. Las fosas comunes no proporcionaron pruebas que permitieran inculpar a autores concretos. No se pusieron en duda ni las matanzas ni la forma en que se cometieron, mientras que el número de víctimas se pudo estimar utilizando datos demográficos⁴⁵;

c) Activistas sirios de derechos humanos en Raqqah cuestionaron la necesidad de perturbar las numerosas fosas comunes de la ciudad y sus alrededores cuando no había capacidad para manipular respetuosamente los restos tras la exhumación, en particular dado que los presuntos responsables de las matanzas y desapariciones en masa estaban encerrados en cárceles iraquíes y se les podía interrogar⁴⁶.

34. La exhumación debería estar rotundamente desaconsejada salvo que se disponga de la capacidad de conservar información de cada persona y de volver a enterrar los cuerpos con dignidad, es decir, si no hay capacidad para el almacenamiento de restos humanos y para la realización de exámenes forenses adecuados, y si no se cuenta con una base de datos (de ADN y de otro tipo) de posibles familiares.

35. En ocasiones, las familias y comunidades reclaman una exhumación profesional o realizan una por sus propios medios. El Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas exige que se consulte, en la medida de lo posible, con los familiares antes de una autopsia, pero no aborda la participación de la familia en la decisión de proceder o no a la exhumación⁴⁷. Las organizaciones de carácter forense, como el Equipo Argentino de Antropología Forense, suelen obtener el consentimiento de la familia antes de exhumar a cualquier persona a la que se le conozcan parientes⁴⁸. El CICR aboga por una “constante interacción” con los familiares durante la excavación y la exhumación⁴⁹. La Relatora Especial subraya

⁴³ Las referencias a Kosovo deben entenderse en el contexto de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

⁴⁴ Entrevista con la profesora Melanie Klinker, 25 de marzo de 2020.

⁴⁵ Otro factor que puede haber influido en la decisión de no excavar fue la falta de recursos y la ausencia de competencias o capacidad en materia forense en el país. Véase, por ejemplo, Melanie Klinker, “Forensic science for Cambodian justice”, *International Journal for Transitional Justice*, vol. 2, págs. 227 a 243.

⁴⁶ Reunión con la Relatora Especial.

⁴⁷ Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016), versión revisada, secc. II.D.3, párr. 37; secc. V.C.

⁴⁸ Entrevista con Luis Fondebrider, 20 de marzo de 2020.

⁴⁹ Véase CICR, “Las personas desaparecidas y sus familiares: Resumen de las conclusiones de consultas anteriores a la Conferencia Internacional de expertos gubernamentales y no

que, en todas las circunstancias, la consulta con las familias y las comunidades afectadas es primordial.

3 Memorialización, nueva inhumación y exhibición pública

36. El futuro de una fosa común y de sus restos humanos, a menudo no identificados, son asuntos de profundo calado personal, local, nacional y mundial. Las familias deberían ocupar un lugar central en los procesos de adopción de decisiones a este respecto, pero hay otras reivindicaciones, a veces superpuestas, cuando no enfrentadas, que deben tenerse en consideración, como las de los supervivientes, las comunidades afectadas y las autoridades.

37. Las decisiones referidas a la exhibición pública de los restos humanos y objetos procedentes de una fosa común son particularmente sensibles. En los casos en que las autoridades no han accedido a la petición de las familias de que se volvieran a inhumar todos los restos “con dignidad”, la explicación fue que la exhibición pública de los restos era necesaria para educar a la comunidad sobre el genocidio y se adujo que la exhibición daba dignidad a las víctimas⁵⁰. Estos argumentos pierden fuerza en los casos en que los restos expuestos se abandonan a los elementos o no reciben otros cuidados.

38. En Rwanda, el Gobierno decidió no individualizar los restos, y algunos monumentos conmemorativos del genocidio financiados por el Estado incluyen restos humanos en sus exposiciones⁵¹. En Camboya, comunidades y familiares erigieron estupas que contenían huesos largos y cráneos⁵². En los Estados Unidos se debatió intensamente sobre la forma de conservar y honrar los restos no identificados encontrados en el lugar de los atentados del 11 de septiembre.

39. Cuando han surgido formas de turismo en torno a lugares o exhibiciones públicas, se han observado tensiones palpables entre los objetivos de lograr una memorialización digna y personal y los de informar y prevenir la repetición. Tales tensiones hacen surgir preguntas sobre la diferencia entre el respeto y la explotación de las fosas comunes y las personas enterradas en ellas.

40. En cuanto lugares de memorialización, las fosas comunes tienen gran relevancia para, potencialmente, millones de personas a lo largo de varias generaciones. Por consiguiente, deben estar protegidas como recordatorios duraderos de atrocidades cuya repetición no debe permitirse⁵³.

gubernamentales (del 19 al 21 de febrero de 2003)” (2003). Puede consultarse en www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_themissing_012003_es_10.pdf.

⁵⁰ Annalisa Bolin, “Dignity in death and life: negotiating *agaciro* for the nation in preservation practice at Nyamata genocide memorial, Rwanda”, *Anthropological Quarterly*, vol. 92, núm. 2 (primavera de 2019), págs. 345 a 374.

⁵¹ Erin Jessee, “Promoting reconciliation through exhuming and identifying victims of the 1994 Rwandan genocide”, CIGI-Africa Initiative Discussion Paper Series núm. 4 (julio de 2012).

⁵² Entrevista con la profesora Melanie Klinkner, 25 de marzo de 2020; véase, en general, Caroline Bennett, “Living with the dead in the killing fields of Cambodia”, *Journal of Southeast Asian Studies*, vol. 29, núm. 2 (junio de 2018), págs. 184 a 203.

⁵³ Los campos de exterminio del Holocausto son uno de esos recordatorios. Los nazis pueden haber sido únicos en su intento de destruir sistemáticamente incluso los cadáveres, pero los lugares donde se encontraban esos campos, con sus cenizas imposibles de identificar, se han convertido en monumentos conmemorativos. Entrevista con el Dr. Jean-Marc Dreyfus, 12 de marzo de 2020.

C. La desigualdad en la muerte

41. Como en vida, los muertos pueden recibir un trato desigual. Quienes estaban marginados cuando vivían —los pobres, los perseguidos y los discriminados— son también quienes corren mayor riesgo de no ser identificados nunca, de que sus restos no sean devueltos a sus familias y de que no se les haga justicia. Gran parte de esta pauta tiene sus raíces en las desigualdades existentes entre los vivos y en las diferencias discriminatorias en la percepción de la importancia de la muerte:

a) Se ha sabido que, tras el *tsunami* ocurrido en el Océano Índico en 2004, llegaron equipos de todo el mundo para identificar los cadáveres de sus compatriotas. La identificación de las víctimas occidentales se llevó a cabo con métodos a veces contradictorios, mientras que las de Asia fueron enterradas rápidamente en fosas comunes⁵⁴;

b) Miles de víctimas del genocidio armenio yacen enterradas y sin identificar en el desierto de Siria;

c) Los países gastan millones de dólares en recuperar, identificar y repatriar los cadáveres de sus soldados o nacionales, pero, en el caso de otras categorías de personas que se encuentran bajo su jurisdicción, como los migrantes, en ocasiones se esfuerzan poco o nada en encontrar e identificar a esas personas o en dignificar sus muertes;

d) Los datos odontológicos desempeñan un papel fundamental en la identificación de los cadáveres, pero solo si las víctimas pudieron costearse en vida una atención dental habitual⁵⁵;

e) La identificación y la memorialización son mucho menos probables en el caso de las víctimas cuyos cuerpos yacen en el fondo del océano, como sucedió en la Argentina y sucede con los posiblemente miles de migrantes fallecidos en el mar Mediterráneo.

D. Participación auténtica

42. Hay una pregunta fundamental sobre los derechos humanos que exige respuesta: ¿cuáles son los derechos de las familias, los supervivientes y las comunidades afectadas y cómo deben conciliarse con los intereses de la sociedad en general y de la comunidad internacional?

43. Los ejemplos estudiados por la Relatora Especial sugieren que, hasta la fecha, los enfoques adoptados pueden dividirse en cinco categorías:

a) Un enfoque demasiado común es que las autoridades impidan o incluso persigan las iniciativas encaminadas a memorializar las fosas comunes. En esos casos, se impide que las familias y otras personas que buscan fosas comunes y denuncian su existencia conmemoren los lugares en cuestión, recurriendo incluso a la vía penal;

b) En ocasiones, el Estado toma la iniciativa de velar por la seguridad de los lugares y los restos. Decide y controla la forma en que se revela la existencia de las fosas, cómo se recuperan y vuelven a inhumar los restos y qué medidas de

⁵⁴ Caroline Bennett, “Who knows who we are? Questioning DNA analysis in disaster victim identification”.

⁵⁵ Los huesos y los dientes pueden revelar —incluso siglos más tarde— la magnitud de la pobreza en la que vivían las personas fallecidas, dejando tras de sí signos irrefutables de profundas privaciones, como ha establecido el examen de los restos de los migrantes que murieron en camino.

memorialización adoptar, si es que se adopta alguna. Las familias y los supervivientes quedan excluidos de estos procesos verticales de toma de decisiones. Aunque el Estado no haya sido responsable de las muertes, en ocasiones inhibe, en su totalidad o en parte, la participación de los familiares, o invita a participar solo a ciertas familias, con intención de mantener el control del relato. En otros casos, si bien no se impide a las familias que participen, surgen diferencias importantes entre los deseos de las familias y los de las autoridades nacionales⁵⁶;

c) En algunos casos, la comunidad internacional dificulta la participación de las familias y las comunidades afectadas. Dado que la identificación de los restos humanos y la devolución de los restos a las familias son solo objetivos secundarios, algunas iniciativas de la justicia penal internacional encaminadas al examen forense de ciertos lugares han tenido lugar con una participación limitada de las comunidades afectadas;

d) En otros casos, el proceso comienza y avanza a iniciativa de las propias familias, cuya participación y representación evoluciona de manera orgánica. En esos casos, las organizaciones no gubernamentales desempeñan un papel de apoyo crucial. Los antropólogos forenses en ocasiones también consultan e implican a las familias afectadas en las decisiones que toman;

e) Hay casos en que las familias y/o las comunidades afectadas arrebatan al Estado el proceso de manejo de las fosas o trabajan para influir en lo que el Estado u otros agentes tratan de lograr, o incluso para desbaratar su labor. Cuando el proceso de excavación sufre demoras causadas por el Estado u otros agentes, las familias sienten a veces que no tienen más remedio que tomar las riendas y convertirse en “ciudadanos forenses”. Además, tal vez haya algo profundamente innato en el impulso de participar materialmente en la recuperación de un ser querido. En palabras de un experto, “algo que es importante son las iniciativas de las propias familias, la excavación de fosas comunes casi sin medios técnicos, con sus propias manos, sin forenses, sin bases de datos; algo muy humano, algo que poder dar a otros, a sus hijos... tumbas individuales”⁵⁷.

44. El primero de estos casos típicos equivale al incumplimiento de la responsabilidad del Estado de respetar una serie de derechos humanos. Los demás ponen de relieve por qué es necesario estudiar la formulación de unas normas mínimas, normas que tengan en cuenta las realidades locales, para que las familias, los supervivientes y las comunidades afectadas participen en decisiones profundamente importantes sobre cómo tratar y manejar las fosas comunes.

IV. Marco de derechos humanos para el trato respetuoso y legal de las fosas comunes

45. Lo que sigue es un panorama general de las prácticas relativas a las fosas comunes en el que se pone de relieve una serie de complejas cuestiones normativas, religiosas, culturales y prácticas a las que no se puede dar respuesta con un único enfoque. Apunta a la necesidad de considerar una amplia gama de cuestiones y opciones en materia de derechos humanos, opciones que no perjudican a la búsqueda de la justicia, pero que pueden ayudar a defender la dignidad de los muertos, aliviar el dolor y el agravio sufrido por sus seres queridos y manifestar el compromiso de no repetición formulado por la humanidad.

⁵⁶ Entrevista con Luis Fondebrider, 20 de marzo de 2020.

⁵⁷ Entrevista con el Dr. Jean-Marc Dreyfus, 12 de marzo de 2020.

46. En el resto del informe se proponen elementos rudimentarios para un marco de derechos humanos que reconozca una diversidad de reivindicaciones, derechos y obligaciones, y se sugieren algunas medidas para conciliarlos y atenderlos.

A. Fosas comunes: compendio de derechos y obligaciones

47. ¿Cuáles son las obligaciones jurídicas del Estado en lo que respecta al manejo de las fosas comunes en su territorio, además de las que tienen que ver con las investigaciones y las desapariciones forzadas? Aunque existen varias normas, estas se encuentran dispersas y rara vez se aúnan⁵⁸.

1. Derechos humanos

48. La creación de fosas comunes apunta a la violación de los siguientes derechos:

- a) El derecho a la vida;
- b) Los derechos vinculados a las desapariciones forzadas: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- c) Los derechos póstumos que tienen que ver con el trato digno del cuerpo tras la muerte, los cuales están en gran parte vinculados a la familia del difunto, y son producto de los derechos civiles, culturales y religiosos⁵⁹.

49. Hay otras reivindicaciones de derechos humanos que deben considerarse, a saber, las que emanan de las familias y la sociedad en general, entre otras:

- a) El derecho a una investigación;
- b) El derecho a un recurso y a una reparación⁶⁰;
- c) El derecho a un trato humano;
- d) La libertad de religión o de creencias;
- e) La libertad de asociación y de expresión;
- f) El derecho a participar en la vida cultural⁶¹.

50. En conjunto, algunos de estos derechos fundan el derecho a la verdad, del que son titulares las familias y la sociedad y que incluye un “derecho inalienable” a conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, el deber de recordar y el derecho de las víctimas a saber (E/CN.4/2005/102, principios 2 a 4). Un componente básico del derecho a la reparación incluye también la “verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad”⁶². La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha “reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En

⁵⁸ Se han tenido en cuenta tres fuentes jurídicas principales: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario y el incipiente derecho internacional sobre el socorro y la intervención en casos de desastre.

⁵⁹ Véase <http://lastrights.net/>.

⁶⁰ A. Sweeney, “The elusive right to truth in transitional human rights jurisprudence”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67 (abril de 2018), págs. 368 a 369.

⁶¹ Véase <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000127160>.

⁶² Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, párr. 22 b).

consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones”⁶³.

51. Es necesario seguir estudiando los derechos de las generaciones futuras con respecto a las fosas comunes, tanto si se integran en la aplicación de los derechos mencionados, como si se consideran reivindicaciones independientes.

2. Violaciones y prohibiciones

52. Las fosas comunes reflejan y encarnan toda una serie de violaciones cometidas por los Estados o las partes en conflicto, entre ellas:

a) La prohibición de las ejecuciones arbitrarias y otras muertes ilícitas. Constituye un derecho fundamental y universalmente reconocido que es aplicable en todo momento y en toda circunstancia y que no admite ninguna suspensión, ni siquiera durante un conflicto armado o en situaciones excepcionales. Es una norma de *ius cogens* y está protegido por tratados internacionales y regionales, por el derecho internacional consuetudinario y por los sistemas jurídicos nacionales⁶⁴;

b) La prohibición de las desapariciones forzadas. Hay una larga tradición jurídica de consignar en tratados la prohibición absoluta de la desaparición forzada⁶⁵ y de hacer recaer sobre el Estado obligaciones detalladas de prevención y respuesta ante la infracción de dicha prohibición;

c) La prohibición de profanar personas fallecidas. Además de estipular el trato respetuoso y, en la medida de lo posible, individualizado de los restos que se describe más adelante⁶⁶, el derecho internacional prohíbe que los muertos sean despojados o mutilados⁶⁷. Los “atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”, que incluyen el trato degradante de los muertos⁶⁸, se consideran crímenes de guerra en los conflictos armados y violaciones de los derechos humanos, incluida la violación de los derechos relacionados con la personalidad y el derecho de la familia de la persona fallecida.

53. Las violaciones de estas obligaciones pueden caracterizarse de crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y otros crímenes internacionales, o constituir elementos de tales crímenes.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, serie C, núm. 101 (25 de noviembre de 2003), párr. 274; Véanse [CCPR/C/OP/2](#) (1990), pág. 138, párr. 14; [CCPR/C/107/D/1806/2008](#) (2013), párr. 8.8; A. Sweeney, “The elusive right to truth in transitional human rights jurisprudence”, págs. 360 a 362; M. Klinkner y H. Davis, *The Right to the Truth in International Law: Victims’ Rights in Human Rights and International Criminal Law* (Routledge, 2020).

⁶⁴ Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016), versión revisada.

⁶⁵ Véase www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/EnforcedDisappearance.aspx.

⁶⁶ Primer Convenio de Ginebra, art. 17.3; Tercer Convenio de Ginebra, art. 120.4; Cuarto Convenio de Ginebra, art. 130.1.

⁶⁷ Base de datos del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario, norma 113. Puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule113. Véase también el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), art. 8.

⁶⁸ Convenios de Ginebra Primero a Cuarto, art. 3.1, Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), arts. 4.1 y 4.2 b).

3. Obligaciones con respecto al manejo respetuoso y legal de las fosas comunes

54. Obligación de investigar. Los Estados tienen la obligación procesal y moral de investigar las muertes ilícitas o sospechosas, tanto si la muerte se produce a manos de agentes estatales como de particulares o personas desconocidas, e independientemente de que existan pruebas de actos delictivos que requieran, de conformidad con el derecho penal, una investigación y el inicio de actuaciones judiciales. La investigación no depende de que se presente una denuncia o se reciba la solicitud de un familiar, sino que debe iniciarse automáticamente (A/HRC/41/CRP.1, párr. 260). Esa obligación de investigar se extiende a todas las partes en conflicto en virtud del derecho internacional humanitario, con especial énfasis en las infracciones graves de los Convenios de Ginebra⁶⁹.

55. Obligación de buscar e identificar. El derecho internacional exige que todos los Estados (y las partes en conflicto) busquen e identifiquen a las personas desaparecidas y en paradero desconocido, devuelvan los restos a la familia, así como sus efectos personales, o den a la familia acceso al lugar donde estén enterradas⁷⁰. Esos derechos se reconocen en situaciones de conflicto armado y de violencia interna⁷¹, en tiempos de paz⁷² y en situaciones posteriores a un desastre⁷³. Las buenas prácticas en materia de investigación de las desapariciones⁷⁴ y de búsqueda eficaz de personas desaparecidas y en paradero desconocido⁷⁵ han ido consolidándose en principios y directrices. Tales búsquedas no se limitan a la búsqueda material de los restos, sino que incluyen entrevistas con testigos y exámenes documentales para determinar la suerte de la persona en cuestión⁷⁶.

56. Obligaciones de respetar los derechos religiosos y culturales (A/HRC/31/59, párr. 21). Los lugares de culto, lugares sagrados, santuarios y símbolos religiosos deben gozar de respeto y protección plenos, y deben adoptarse medidas adicionales en los casos en que esos lugares o símbolos estén expuestos a profanación o destrucción (resolución 6/37 del Consejo de Derechos Humanos). Los fallecidos deben ser enterrados de acuerdo con los ritos de la religión a la que pertenecían, cuando las circunstancias lo permitan según las leyes de la guerra⁷⁷; en cualquier otra situación, esta obligación se aplica siempre⁷⁸. Los Estados deben asegurarse de que todas las personas tengan derecho, sin discriminación, a acceder al patrimonio cultural, participar en él, disfrutarlo y contribuir a él (E/C.12/GC/21), que abarca tanto

⁶⁹ Véase www.icrc.org/en/document/guidelines-investigating-violations-ihl-law-policy-and-good-practice.

⁷⁰ Base de datos del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario, norma 114. Puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule114.

⁷¹ CICR, “Las personas desaparecidas y sus familiares: Resumen de las conclusiones de consultas anteriores a la Conferencia Internacional de expertos gubernamentales y no gubernamentales (del 19 al 21 de febrero de 2003)” (2003), secc. 28. Puede consultarse en www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_themissing_012003_es_10.pdf.

⁷² Véase CED/C/7.

⁷³ A/72/335, párr. 67; véase www.who.int/hac/techguidance/management_of_dead_bodies.pdf; véase www.cmu.edu/dietrich/ehpp/documents/2011-Recovery-and-Identification-of-the-Missing-after-Disaster.pdf.

⁷⁴ Véanse la resolución 60/147 de la Asamblea General, el documento E/CN.4/2005/102/Add.1 y el Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016), versión revisada.

⁷⁵ Véase CED/C/7.

⁷⁶ CED/C/7, principio 11. A. Petrig, “The war dead and their gravesites,” *International Review of the Red Cross*, vol. 91, núm. 874 (junio de 2009), pág. 346.

⁷⁷ Primer Convenio de Ginebra, art. 17.3; Tercer Convenio de Ginebra, art. 120.4; Cuarto Convenio de Ginebra, art. 130.1.

⁷⁸ CED/C/7, principio 1, párr. 4.

la historia como la memoria⁷⁹. Esto se aplica también al “lado más oscuro de la humanidad, cuya memoria también debe ser transmitida a las futuras generaciones” (A/HRC/17/38, párr. 8). Se debe respetar la libertad de las personas de participar, o no, en la creación de la cultura, incluso cuando con dicha participación ponen en cuestión las normas y valores dominantes en su propia comunidad y en otras (*ibid.*, párr. 10).

57. Obligaciones relativas a los restos humanos. Según los Convenios de Ginebra, la inhumación debe efectuarse “individualmente en la medida en que las circunstancias lo permitan”⁸⁰, disposición que encuentra eco en la jurisprudencia⁸¹. Según el derecho internacional consuetudinario, “los muertos serán inhumados respetuosamente y sus tumbas respetadas y mantenidas debidamente”⁷⁸. Principios similares son preceptivos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos: “se trata de restos mortales de una persona y no de objetos”⁸². Las sepulturas siempre deben ser respetadas y estar convenientemente atendidas y marcadas de modo que siempre se las pueda reconocer. Estas obligaciones se aplican también a las fosas comunes. El hecho de que en los Convenios de Ginebra se mencionen ‘otros lugares donde se hallen los restos’ de esas personas, además de las tumbas, es para tener en cuenta todas las eventualidades, legales o ilegales, como, en particular, la cremación, las tumbas colectivas e incluso las fosas comunes resultantes de atrocidades cometidas durante las hostilidades⁸³.

58. Obligaciones con respecto a las familias de las víctimas. Los Estados deben hacer posible la participación de las familias en las investigaciones de las muertes ilícitas y velar por que obtengan la información disponible sobre las circunstancias, los sucesos y las causas de la muerte, así como el lugar y el estado en que se encuentren los restos, en la medida en que se haya podido averiguar esta información⁸⁴. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas establece expresamente el derecho de los familiares a “conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida”⁸⁵. Ese derecho abarca el derecho al acceso efectivo a la justicia en condiciones de igualdad, a una reparación adecuada, efectiva y sin demora, al reconocimiento de la condición de la víctima ante la ley⁸⁶ y al acceso a la información pertinente sobre las vulneraciones y sobre los mecanismos de rendición de cuentas (A/HRC/41/CRP.1, párr. 267).

⁷⁹ Véase, por ejemplo, A/HRC/25/49, párr. 48.

⁸⁰ La doctrina militar autoriza los entierros en masa cuando las condiciones no permiten cavar tumbas individuales o evacuar el cuerpo para enterrarlo en un cementerio.

⁸¹ Base de datos del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario, práctica relacionada con la norma 115, sección D. Puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule115_sectiond.

⁸² *Ibid.*, norma 115. Puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule115.

⁸³ Comentario de los Protocolos del 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (1987), pág. 370 de la edición inglesa, párr. 1314. A. Petrig, “The war dead and their gravesites”, pág. 344.

⁸⁴ Véase el Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016), versión revisada.

⁸⁵ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 24.2.

⁸⁶ El art. 24.6 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas obliga a los Estados partes a adoptar disposiciones apropiadas, como la expedición de certificados de ausencia, para regularizar la situación legal de las personas desaparecidas y sus familiares en ámbitos tales como la protección social, el derecho de familia y los derechos de propiedad; A/HRC/19/58/Rev.1 (2012), párr. 42.

59. Obligación de no repetición y prevención. El manejo legal y respetuoso de las fosas comunes es un elemento importante de las obligaciones de no repetición que recaen en los Estados y de los derechos de las víctimas a la reparación, cuyo contenido respectivo se ha desarrollado ampliamente en las correspondientes normas (A/HRC/25/49, párrs. 25 a 48; A/HRC/45/45, párrs. 25 a 31; Resolución 60/147 de la Asamblea General).

60. En la sección II se han dado ejemplos de memorialización de fosas comunes y se han señalado las complejas cuestiones que se plantean. Sin embargo, “sin memoria del pasado, no puede haber derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación, ni garantías de no repetición. Por ello, los procesos de memoria respecto de las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario constituyen el quinto pilar de la justicia transicional” (A/HRC/45/45, párr. 21).

B. Obligación absoluta de respeto, protección y preservación de las fosas comunes

61. Bajo ninguna circunstancia se debe negar o encubrir la existencia de fosas comunes. Se debe evitar la destrucción de los lugares donde se encuentren, así como todo desperfecto en ellos, y quienes busquen fosas comunes o hablen de ellas no deben ser encarcelados, silenciados ni ser objeto de amenazas. Esos actos equivalen a múltiples violaciones de los derechos humanos, entre ellos la prohibición de las desapariciones forzadas, la obligación de investigar las ejecuciones extrajudiciales y el derecho a la verdad, y entrañan la supresión o aniquilación de la identidad individual y de la identidad colectiva cultural, racial, étnica, religiosa, política o de otro tipo tras la muerte.

62. Los Gobiernos y las partes en conflicto deben asegurarse de que las fosas comunes se preserven y protejan hasta que, tras un proceso de consulta inclusivo, se hayan adoptado decisiones sobre su tratamiento y manejo. Cuando se descubre una fosa común, o se informa de su existencia por primera vez, existe un elevado riesgo de que resulte dañada, ya sea intencionadamente a manos de agentes estatales o no estatales que tratan de ocultar lo que la fosa implica, o involuntariamente a manos de familiares que desean conservar alguna prueba de los restos de sus seres queridos. Estos desperfectos pueden hacer imposible la efectividad de las obligaciones y los derechos enumerados anteriormente. Por consiguiente, los Gobiernos deberían adoptar todas las medidas necesarias para proteger inmediatamente las fosas comunes frente a la erosión, la destrucción, las manipulaciones y los saqueos⁸⁷.

63. Los Gobiernos, las partes en conflicto y/o los agentes internacionales presentes en un país o región deben proporcionar una lista de los lugares donde se sepa que hay fosas comunes en el país y buscar proactivamente otras fosas, incluidas las que puedan haber sido profanadas o estén más ocultas. Se deben prever procesos seguros y confidenciales para que las personas comuniquen la existencia y la ubicación de fosas comunes⁸⁸.

⁸⁷ La Dirección de Asuntos relativos a las Fosas Comunes del Iraq es, en principio, un modelo interesante, establecido para encargarse de la protección, búsqueda, investigación y exploración de las fosas comunes, en coordinación con las autoridades competentes (véase www.icmp.int/wp-content/uploads/2006/01/The-first-amendments-mass-graves-protection-legislation-number.pdf). En la práctica, la falta de recursos ha desbaratado la iniciativa. Los profesionales del Instituto Médico-Legal calculan que les llevaría más de 800 años completar su tarea. Véase también A/HRC/38/44/Add.1.

⁸⁸ La Comisión Internacional sobre Personas Desaparecidas proporciona un formulario confidencial en línea para señalar la ubicación de posibles fosas comunes (véase https://oic.icmp.int/index.php?w=rep_grave&l=es).

64. Hay una serie de tecnologías digitales que contribuyen cada vez más al descubrimiento y manejo de las fosas comunes. Entre ellas figuran las imágenes satelitales, la fotogrametría aérea con drones, la detección y localización por ondas luminosas, el análisis geoespacial y las imágenes térmicas⁸⁹. En general, estas tecnologías se utilizan para detectar tumbas y, a veces, para datarlas. También ofrecen la posibilidad de mantener el descubrimiento de las tumbas en secreto para ayudar a evitar que sean alteradas⁹⁰. Al utilizar estas tecnologías, los profesionales deben proteger toda la información personal que puedan averiguar y asegurarse de que la información sea admisible ante un tribunal, en caso necesario. Las nuevas aplicaciones de *software*, como eyeWitness, constituyen iniciativas prometedoras que permiten a quienes se encuentran en el lugar reunir pruebas de modo que la fiabilidad y la cadena de custodia queden protegidas.

65. Se necesitan normas técnicas que ayuden a reforzar la protección y la preservación de las fosas comunes. En este sentido resulta encomiable la elaboración, actualmente en curso, de las directrices de protección e investigación de fosas comunes de la Universidad de Bournemouth⁹¹.

1. Las fosas comunes como persona o entidad jurídica

66. La Relatora Especial también estudió si el reciente reconocimiento de los derechos de la naturaleza, los ríos y los bosques podría servir de modelo para el manejo respetuoso y legal de las fosas comunes. En Nueva Zelanda, Te Urewera pasó de ser un parque nacional de propiedad estatal a ser “tierra titular de su propiedad absoluta”, consideración que más tarde también se confirió al río Whanganui. Tales medidas fueron una iniciativa para trasladar a la legislación las cosmovisiones maoríes, específicamente el concepto de que los elementos del paisaje tienen “cada uno su propia fuerza vital”⁹². Otros países han seguido este ejemplo⁹³.

67. Tal vez no resulte apropiado aplicar ese enfoque a las fosas comunes. A diferencia de los ríos o los parques, que tienen una existencia aparte de los seres humanos, las fosas comunes son enteramente producto de la conducta humana. A diferencia de los ríos o los parques, no se puede mantener a las personas en su periferia, sino que estas se encuentran en su centro. Por lo tanto, la Relatora Especial no sugiere por ahora que se atribuya personalidad jurídica a las fosas comunes.

68. Sí recomienda la adopción de una importante medida administrativa que consiste en establecer una entidad jurídica responsable de la supervisión de una o más fosas comunes, a la cual se considere organismo tutelar y que se encargue tanto de conciliar las reivindicaciones divergentes de los interesados como de garantizar el

⁸⁹ Véase, por ejemplo, D. Abate y otros, “Optimizing search strategies in mass grave location through the combination of digital technologies”, *Forensic Science International: Synergy* (2019), págs. 95 a 107; D. Congram y otros, “Grave mapping in support of the search for missing persons in conflict contexts”, *Forensic Science International* (2017); 278:260–268.

⁹⁰ Véase www.icmp.int/press-releases/icmp-finds-improved-methods-for-locating-mass-graves/.

⁹¹ Melanie Klinkner y Ellie Smith, “Mass grave protection and investigation guidelines” (próxima publicación). Véase www.bournemouth.ac.uk/research/projects/mass-grave-protection-truth-justice.

⁹² G. Gordon, “Environmental personhood”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 43, núm. 1 (2018), págs. 51 a 56.

⁹³ El Ecuador modificó su Constitución en 2008 para reconocer los derechos de la naturaleza a existir, a persistir y a que se mantengan y regeneren sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (G. Gordon, “Environmental personhood”, págs. 53 y 54). El Estado Plurinacional de Bolivia reconoció el interés público colectivo manifestado por la Madre Tierra (*ibid.*, págs. 54 y 55). Al igual que en Nueva Zelanda, este reconocimiento de la naturaleza se correspondió con un mayor reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Se ha concedido la condición jurídica de entes vivos a todos los ríos de Bangladesh y a dos de la India, por citar unos pocos casos.

cumplimiento de las obligaciones del Estado. Además, el nombramiento de un supervisor de la fosa común o, en caso de investigación, de un supervisor de la escena del crimen puede favorecer la protección y el manejo de las fosas comunes.

69. En algunos casos, las comunidades locales o quienes se cree son los familiares de las personas enterradas consideran que la fosa común en sí misma, dado lo que condujo a ella y lo que contiene, tiene una fuerza vital o una esencia espiritual. En un proceso en el que participen todos los interesados, especialmente las familias y la comunidad afectadas, debería considerarse al menos la posibilidad de atribuir una condición jurídica especial a la fosa común, como parte de las actividades para honrar a los fallecidos y manifestar respeto ante la fuerza vital del lugar mismo.

2. Inclusión de la protección de las fosas comunes en los tratados de paz y la justicia de transición

70. En numerosos lugares, las comisiones de la verdad y la reconciliación han propugnado la construcción de monumentos conmemorativos por la comisión de violaciones en masa de los derechos humanos (A/HRC/25/59, párrs. 39 a 44), mientras que algunos tratados de paz contienen disposiciones sobre el trato que se ha de dispensar a los muertos⁹⁴. Existen acuerdos bilaterales relativos al cuidado continuo de los cementerios de guerra y al establecimiento de mecanismos para esclarecer la suerte que corrieron las personas desaparecidas⁹⁵. La Relatora Especial recomienda que, como paso fundamental hacia la justicia transformadora, la preservación, la protección y el trato respetuoso y legal de las fosas comunes forme parte de todos los procesos de verdad y reconciliación y de los tratados de paz.

3. Preservación de los lugares de importancia capital para la humanidad

71. A este respecto merecen mención los sitios declarados patrimonio de la humanidad por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en los que se preservan objetos de importancia capital para la humanidad⁹⁶. La perspectiva y el razonamiento de la UNESCO, así como los deberes y la autoridad que de ellos se derivan, se han hecho extensivos a las fosas comunes, como en el caso de Auschwitz-Birkenau⁹⁷. Rwanda también ha solicitado la inclusión en la lista del patrimonio mundial de la UNESCO de cuatro lugares de conmemoración del genocidio, una solicitud que cuenta con el respaldo de la Relatora Especial.

72. Ese reconocimiento no solo es esencial por constituir una reacción compasiva ante el profundo dolor personal de las familias, sino también por ser una medida de carácter más comunitario para impedir el olvido y fomentar la prevención y la no repetición. La Relatora Especial alude a la importancia de las fosas comunes como lugares de memorialización de quienes perdieron la vida a raíz de graves crímenes, pero también a su relevancia en el proyecto general encaminado a la preservación y la transmisión de relatos de la historia que se centren en la víctima, en lugar de estar dominados por los vencedores. Las fosas comunes, independientemente de su especificidad histórica o contextual, tienen un significado excepcional que trasciende

⁹⁴ Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, artículos 225 y 226.

⁹⁵ CICR, “The missing: action to resolve the problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families – Study of existing mechanisms to clarify the fate of missing people” (2003), secc. V.3. Puede consultarse en www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_themissing_012003_en_9.pdf.

⁹⁶ Véase www.sitesofconscience.org/en/home/.

⁹⁷ Véase <https://whc.unesco.org/en/list/31/>.

las fronteras y las generaciones⁹⁸. Por lo tanto, y como mínimo, las fosas comunes deberían estar sometidas a un proceso regularizado para su cartografiado y reconocimiento internacionales⁹⁹.

73. La Asamblea General proclamó el 24 de marzo Día Internacional para el Derecho a la Verdad en relación con las Violaciones Graves de los Derechos Humanos y para la Dignidad de las Víctimas. Esta conmemoración u otras similares se podrían utilizar para incitar a los Estados a reconocer la existencia de fosas comunes y la necesidad de examinar detenidamente su protección y manejo.

4. Conciliar derechos e intereses y velar por una participación auténtica

74. La Relatora Especial insta a que en el manejo de las fosas comunes se favorezca un proceso inclusivo en el que se abran espacios discursivos a las partes afectadas, de modo que puedan surgir representaciones más completas de las fosas comunes y del pasado. Ese proceso es inestimable no solo para lograr los objetivos preestablecidos, sino como objetivo fundamental en sí mismo. Sin embargo, requiere pericia para comprender y manejar las tensiones (debates, contradicciones, incluso conflictos) entre los familiares, entre los supervivientes, o entre unos y otros, y las surgidas con las autoridades y las organizaciones internacionales. Un medio para hacer esto bien sería basarse en la abundante jurisprudencia sobre la conciliación de derechos.

75. La norma del “consentimiento libre, previo e informado” tiene resonancia en lo que respecta a la participación activa de las comunidades y su intervención en las decisiones relativas a las fosas comunes. Desarrollada como un principio para proteger los derechos de los pueblos indígenas¹⁰⁰, esta norma requiere no solo informar a las comunidades afectadas y obtener su consentimiento, sino lograr su participación efectiva y auténtica en la toma de decisiones. No existe una fórmula única que se pueda copiar y pegar en cualquier comunidad para hacer frente a la desgarradora realidad de las fosas comunes. En cambio, hay que entender los factores políticos, económicos, sociales, ambientales y espirituales de cada comunidad¹⁰¹. Es poco probable que el trato que es adecuado para una fosa común lo sea para todas, e incluso es posible que el trato que se considera adecuado para una misma fosa cambie con el tiempo.

76. Es importante, sin embargo, que no se presuma el consentimiento y que la comunidad tenga oportunidades realistas de dirigir el proceso de acuerdo con sus deseos¹⁰². Al establecer los objetivos generales para una fosa, se deben tener en cuenta los significados simbólicos, culturales y religiosos. Los líderes culturales y religiosos de la comunidad deben formar parte del proceso.

77. En interés de la dignidad de todos los directamente afectados y por respeto a los ejecutados y desaparecidos, el proceso para decidir las condiciones de memorialización y de exhibición pública, en su caso, de los restos humanos solo

⁹⁸ Directrices Prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial (2019), párr. 49.

⁹⁹ Este proceso podría tomar como base o ampliar la cartografía de los desaparecidos realizada por la Comisión Internacional sobre Personas Desaparecidas (véase www.icmp.int/the-missing/where-are-the-missing/).

¹⁰⁰ Véase el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169); Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 10, 11.2, 19, 28, 29.2, 30.2 y 32.2.

¹⁰¹ Véase www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/free-prior-and-informed-consent-protecting-indigenous.

¹⁰² Sobre la importancia de la confianza familiar, véase, en general, S. E. Wagner, *To Know Where He Lies; DNA Technology and the Search for Srebrenica's Missing* (University of California Press, 2008), págs. 159 a 165.

debería avanzar una vez que se haya dado voz a todos los interesados. Mediante consultas con las partes interesadas, se deberían establecer y acordar principios que orienten el manejo y la custodia tanto del lugar o lugares como de los restos humanos, ahora y en el futuro, siendo una prioridad la labor cotidiana de preservación. Esos principios deben abarcar cuestiones relacionadas con el respeto a la persona fallecida; la personalización para sus seres queridos, específicamente cuando la individuación no es posible; y la memorialización. Esos principios también deberían abordar las formas en que los acontecimientos que dieron lugar a las fosas comunes y los propios lugares donde se encuentran siguen influyendo en la vida cotidiana de las comunidades afectadas.

78. La Relatora Especial advierte que no se trata en absoluto de sacralizar la historia. Tampoco defiende que se fije en mármol un relato valorizado de la historia, sobre todo cuando el llamado de los muertos es seguramente el de vivir una vida mejor y cuando la más profunda vocación de la historia (y de una historia más completa) no es solo dejar constancia del pasado, sino también servir de guía para un futuro mejor: más justo, menos violento, más humano.

79. El objetivo debe ser, en cambio, crear las condiciones para que se desarrolle un debate en el seno de la sociedad sobre las causas, las responsabilidades directas e indirectas y las consecuencias de los crímenes del pasado, a fin de aumentar las posibilidades de ir más allá de los “relatos totalmente distintos y no reconocidos sobre lo sucedido” y dar explicación a un pasado brutal —sin justificarlo—, aliviando así las tensiones existentes y permitiendo a la sociedad convivir más pacíficamente con el legado de divisiones pasadas (A/HRC/45/45, párrs. 36 y 37).

5. Apoyo gestionado a las iniciativas forenses locales

80. En virtud del derecho internacional, la exhumación de fosas comunes, su investigación y la búsqueda de las personas desaparecidas y en paradero desconocido es, ante todo, la obligación del Estado y de todas las partes en conflicto. El derecho internacional humanitario reconoce que, cuando los Estados no actúan, las organizaciones internacionales deben intervenir¹⁰³. Los civiles pueden “ayudar en la búsqueda y recogida de muertos”, aunque esto no exime a los Estados de sus obligaciones¹⁰⁴. En el marco de la legislación sobre el socorro en casos de desastre, las guías prácticas señalan el importante papel que desempeñan los miembros de la comunidad con las competencias pertinentes cuando faltan recursos profesionales¹⁰⁵, y describen los procedimientos básicos que pueden seguir los no profesionales para preservar las pruebas y almacenar adecuadamente los restos, en ausencia de especialistas forenses¹⁰⁶.

¹⁰³ Base de datos del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario, norma 112. Puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule112.

¹⁰⁴ *Ibid.*, norma 112, “Interpretación”.

¹⁰⁵ Por ejemplo, CICR, *La gestión de cadáveres en situaciones de desastre: Guía práctica para equipos de respuesta*; Organización Internacional de Policía Criminal, *Guía para la Identificación de Víctimas de Catástrofes*; Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud, *Manejo de cadáveres en situaciones de desastre*, (Serie Manuales y Guías sobre Desastres, núm. 5).

¹⁰⁶ En guía práctica del CICR se reconoce que inmediatamente después de un desastre de gran magnitud, la identificación y tratamiento de los restos humanos suelen ser tarea de las comunidades locales. Es posible que no haya a mano especialistas forenses o que estos no puedan acceder rápidamente a la zona afectada. (*La gestión de cadáveres en situaciones de desastre: Guía práctica para equipos de respuesta*, introducción). El manual está diseñado específicamente para no profesionales sin formación forense y tiene por objeto preservar las pruebas para cuando lleguen los especialistas (*ibid.*, pág. 1). Debido a la escasez de expertos, las familias deben tener expectativas realistas con respecto al proceso (*ibid.*, pág. 25).

81. Si bien los procedimientos aquí sugeridos resultarían insuficientes para una investigación forense completa de los crímenes cometidos en relación con una fosa común, se trata del tipo de medidas que podrían servir de modelo para el desarrollo de disposiciones rudimentarias que las comunidades locales podrían tomar, con la debida orientación, para recuperar a sus seres queridos, por lo menos cuando sea prácticamente imposible o improbable que la fosa común sea objeto de un análisis forense completo en la vida de los familiares supervivientes. Este proceso, si se considera viable, podría estar supervisado por los organismos tutelares de las fosas comunes.

V. Conclusión

82. En el momento en que finaliza la redacción del presente informe, reverberan en el mundo las reivindicaciones de justicia de los afrodescendientes y los pueblos indígenas, y de muchos otros que son objeto de ejecuciones arbitrarias, otras violaciones de los derechos humanos e injusticias estructurales a lo largo del tiempo y en todo el mundo. La nuestra es una historia empañada por masacres, tras las cuales, con demasiada frecuencia, los autores no solo quedan libres, sino que además, junto con sus descendientes, se aferran a las riendas del poder —con estatuas que se erigen en su memoria frente a los tribunales y edificios estatales y en los parques públicos. Ello contrasta con el estado en que se encuentran las fosas comunes, que son prueba de estas masacres, tanto las cometidas en el pasado lejano como las más recientes, y de las cuales miles quedan al descubierto, desprotegidas o descuidadas, cuando no destruidas o profanadas.

83. Sabemos, como se destaca en el informe, que, mediante intervenciones adecuadas y basadas en los derechos humanos, los lugares de sufrimiento en masa, matanzas y muerte pueden convertirse en lugares de inmensa dignidad, respeto y profundo aprendizaje en común. Sin embargo, como comunidad internacional, nuestro enfoque y manejo de las fosas comunes rara vez ha sido respetuoso o legal y con demasiada frecuencia ha resultado inapropiado, discriminatorio o, directamente, indiferente. Podemos y debemos hacer más, y hacerlo mejor.

84. La incidencia de las fosas comunes en todo el mundo y el gran número de personas enterradas en ellas, la diversidad de intereses y preocupaciones de las familias, los supervivientes, las comunidades y la sociedad en su conjunto, la falta de capacidad para efectuar un estudio forense completo — todas estas realidades justifican una mayor aplicación de todo el abanico de normas de derechos humanos a las fosas comunes, a los restos humanos, a las familias afectadas, a los supervivientes, a las comunidades, a las naciones y a nuestra humanidad común, ahora, a lo largo del tiempo y a través de las generaciones.

85. La intención del presente informe ha sido dar a esas cuestiones un lugar de pleno derecho en las agendas internacionales referidas a los derechos humanos, los asuntos humanitarios, los conflictos y las situaciones posteriores a los conflictos. En él se esboza un marco preliminar de derechos humanos para que las fosas comunes se traten de manera respetuosa y legal, haciendo hincapié en que las fosas comunes invocan una multitud de derechos y obligaciones, que tal vez sea necesario conciliar entre sí.

VI. Recomendaciones

86. **La Relatora Especial recomienda que los Estados Miembros: a) den desarrollo al marco de derechos humanos esbozado en el informe apoyando la elaboración, por parte de múltiples interesados, de normas y mejores prácticas para el manejo respetuoso y legal de las fosas comunes; y b) velen por que en las**

iniciativas de justicia de transición y de establecimiento de la paz se incluya un enfoque de las fosas comunes que se base en un marco de derechos humanos, al cual se asigne una cantidad de recursos consecuente.

87. A continuación se enumeran algunos de los principios clave para orientar los procesos señalados en el informe.

88. Los Estados, las partes en conflicto o los agentes humanitarios deberían adoptar todas las medidas necesarias para localizar, revelar, proteger y preservar todas las fosas comunes. Ocultar, dañar o destruir las fosas comunes está terminantemente prohibido, al igual que someter a la acción penal a quienes tratan de descubrir fosas comunes. Tales actos constituirían una violación del derecho de las familias y de la sociedad a conocer la verdad sobre las circunstancias que dieron lugar a la existencia de las fosas comunes, incluidas las ejecuciones y las desapariciones forzadas o el incumplimiento del deber de proteger.

89. Los Estados deberían elaborar marcos jurídicos que rijan el manejo de las fosas comunes, incluida su identificación, preservación e investigación a lo largo del tiempo y para las generaciones futuras. Esto puede incluir el establecimiento de una entidad jurídica u organismo tutelar cuyos miembros sean representantes del Estado y las autoridades locales, las familias y las comunidades interesadas, y tal vez representantes de organismos de las Naciones Unidas.

90. Debe entenderse que el manejo respetuoso y legal de las fosas comunes tiene carácter tanto procesal, al crear las condiciones para que los afectados expresen sus necesidades y demandas, como sustantivo, al conciliar las divergencias, los conflictos y las tensiones. Requiere la participación activa y auténtica de las familias de las víctimas y las comunidades en cuyas tierras se encuentran las fosas comunes, para lo cual posiblemente deban aplicarse normas como la del “consentimiento libre, previo e informado”.

91. La investigación de las múltiples violaciones relacionadas con la existencia de fosas comunes, incluidas las ejecuciones arbitrarias y las desapariciones, debe entenderse como una obligación crucial de los Estados y otras partes. Hasta la fecha, la perspectiva de los derechos humanos en cuanto a las fosas comunes se ha centrado en gran medida en la exhumación y en la identificación de los restos. Tal enfoque, aunque comprensible, es tal vez demasiado restrictivo. Se puede impartir justicia retributiva formal sin que medie la exhumación y, al mismo tiempo, la justicia retributiva exige muchas consideraciones y medidas adicionales, algunas de las cuales tienen que ver con la memoria.

92. Todas las comunidades humanas han adoptado rituales y prácticas para establecer diversos grados de orden, previsibilidad y consuelo en medio del caos que imponen el dolor y la pérdida, en particular cuando la causa de la muerte es violenta, se oculta o se niega. Muchas de esas costumbres y rituales constituyen el ejercicio de derechos humanos como la libertad de religión, creencia o expresión. Estas normas deben considerarse y conciliarse entre sí y con los principios fundamentales de derechos humanos, como la no discriminación, en cualquier medida que se adopte con respecto a fosas comunes concretas.