

Buenos Aires, 30 de enero de 2019

REF: *Contribuciones a la elaboración de “estándares y políticas públicas para la investigación eficaz sobre desapariciones forzadas”.*

Estimados miembros del

**Grupo de Trabajo sobre Desapariciones
Forzadas o Involuntarias
Organización de las Naciones Unidas:**

Estela Barnes de Carlotto, en mi carácter de Presidenta de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo (Argentina), me dirijo a Uds. fin de remitir los comentarios y contribuciones del Equipo Jurídico de la Asociación para los “Estándares y políticas públicas para la investigación eficaz sobre desapariciones forzadas” a ser adoptados por el Grupo de Trabajo.

Sin otro particular, muy atentamente,



Estela Carlotto
Presidenta



Alan Iud
Coordinador
Equipo Jurídico

1. Introducción.

La Asociación Abuelas de Plaza de Mayo cuenta con más de 40 años de experiencia buscando y restituyendo la identidad de cientos de personas nacidas durante el cautiverio clandestino de sus padres, o secuestrados junto a ellos, víctimas de las miles de desapariciones forzadas cometidas por la última dictadura cívico-militar en todo el territorio de la República Argentina (1976 – 1983).

En la última década, la jurisprudencia mayoritaria de nuestro país ha entendido -correctamente a nuestro entender- que la práctica criminal a la que fueron sometidos estos niños y niñas, se encuadra dentro de la categoría del crimen internacional de desaparición forzada de personas. Así lo entendió, también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al tener que resolver en el caso “Gelman vs. Uruguay”¹.

Hasta la actualidad hemos restituido la identidad a 128 personas desaparecidas junto a sus padres por la dictadura militar. También hemos logrado decenas de condenas penales a los autores y cómplices de estos casos de apropiación de niños, incluyendo al ex dictador Jorge Rafael Videla, como uno de los máximos responsables del plan sistemático de desaparición y apropiación de niños.

Los comentarios y sugerencias sobre los estándares de investigación y juzgamiento de estos tipos de crímenes que hacemos aquí, entonces, se nutren de esta experiencia, en orden a reconocer buenas prácticas y detectar experiencias negativas vinculadas a las problemáticas que a continuación se detallan.

2. Legislación y tipificación de desapariciones forzadas.

A. La apropiación de niños de niños sometidos a desaparición forzada.

El caso argentino echa luz sobre la apropiación de niños como una modalidad particular de la desaparición forzada de personas, en particular cuando la apropiación se manifiesta como la continuación de la desaparición de sus padres. En Argentina, la jurisprudencia consideró que las acciones típicas de sustraer, retener y ocultar a un niño menor de 10 años de la esfera de custodia de su familia, así como las conductas conexas a aquellas, tales como la alteración del estado civil o de su identidad, y la falsificación de documentos destinados a acreditar la identidad, integran una forma especial del crimen internacional de desaparición forzada.

¹ Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, párr.. 117-132.

En este sentido, entendemos que toda legislación sobre la desaparición forzada de personas debe considerar esta especial modalidad comisiva, contemplándola como una figura agravada.

Es importante considerar que en estos casos, por tratarse de niñas y niños de muy corta edad, la tipificación no debe hacer eje en la privación de la libertad ambulatoria. Un niño de apenas meses o pocos años de vida no tiene capacidad para desplazarse por su propia cuenta y la forma de privarlo de la libertad no requiere que sea ubicado en cárceles, penitenciarías u otros establecimientos de detención.

En estos casos, lo central es que la víctima es separada de sus padres o representantes legales por agentes del Estado o por un grupo de personas que actúan con su apoyo, sin que se sigan los procedimientos legales y sin que se brinde a sus familiares información sobre su destino. Normalmente, este tipo de hechos se da en el contexto en el que los padres o representantes legales de la víctima son, a su vez, privados de la libertad clandestinamente.

Por las características especiales de esta forma de desaparición, es crucial que la tipificación deje en claro que el delito de desaparición forzada continúa, aún si la víctima goza de libertad ambulatoria, mientras su identidad no sea restablecida y sus familiares no sean informados de su paradero. La tipificación debe ser clara: el delito de desaparición forzada solo cesa cuando la víctima recupera su identidad y sus familiares son debidamente informados de su destino.

B. La intervención sucesiva de diversos agentes y la faz subjetiva de su obrar (*mens rea*).

Todas las personas que toman parte en el hecho, en cualquier momento y conociendo los antecedentes, deben ser considerados coautores o partícipes de la desaparición forzada, según su intervención. Normalmente, este tipo de prácticas involucran a varias personas, incluyendo particulares.

En muchos casos, el agente que intervenga en tercer o cuarto lugar no necesariamente conoce todos los detalles de lo acontecido antes. Esto sucede tanto en los casos de desaparición forzada de niños, cuya identidad es alterada, como en los casos de desaparición forzada más tradicionales –sea de adultos o niños–, donde la identidad de la víctima no es alterada. Este es el caso, típicamente, del agente que deniega información sobre el paradero de la víctima y a su vez no necesariamente ese agente en particular conoce con precisión el destino de aquella.

A nuestro criterio, la tipificación no debiera ser muy exigente con respecto a la faz subjetiva del obrar. Solo debiera requerirse que se acredite que el agente que actúa con posterioridad al inicio de la privación de la libertad (o a la separación

ilícita de la víctima de su familia, en el caso de niños) conocía el carácter ilegal de esa privación de la libertad o se la pudo representar.

No deben exigirse requisitos adicionales, tales como conocer la identidad de las víctimas, la fecha y el lugar preciso donde comenzó el suceso o la identidad de los perpetradores que actuaron en los primeros tramos del ilícito.

En este sentido, es importante que la tipificación no solo reconozca formas de atribución como la del dominio del hecho por aparato organizado de poder y la responsabilidad del comandante, sino también que se admitan figuras como el llamado “dolo eventual”, propio del sistema continental, o la “ceguera voluntaria” (*willfully blindness*), más característica del sistema anglosajón².

Mientras en la “responsabilidad del comandante” el conocimiento sobre el obrar ilícito de los oficiales a su cargo se presume³, figuras como el “dolo eventual” o la “ceguera voluntaria” permiten abarcar la conducta de aquél que, sin estar en una posición de mando, realiza un obrar ilícito en un contexto más general cuyos detalles no necesariamente conoce.

C. La responsabilidad del comandante.

Por las mismas razones, es importante que la doctrina de la “responsabilidad del comandante”, originalmente concebida para las Fuerzas Armadas y así receptada en el Estatuto de Roma, sea extendida para aplicarse también a las fuerzas de seguridad, como la policía y los oficiales penitenciarios.

El reconocimiento de esta figura en la legislación interna de cada país permitirá respetar el principio de máxima taxatividad del principio de legalidad. A su vez, al comprender a las fuerzas de seguridad se da respuesta a eventuales objeciones que nieguen el carácter de actuación “militar” a las fuerzas de seguridad, destinadas a reprimir delitos internos.

3. Acceso a la información en el contexto de la investigación de desapariciones forzadas.

² Al respecto, Kai Ambos y Stefan Wirth explican que “Un criminal se ciega voluntariamente si él o ella desean permanecer ajenos a la situación y, por lo mismo, no hacen más indagaciones (...) el concepto se relaciona muy estrechamente con una disposición en el Código Penal Modelo [de Estados Unidos] que estipula que el conocimiento de la existencia de un hecho puede equipararse a la consciencia de una gran probabilidad de que ese hecho exista”. “El derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad”, en Ambos, K., *Temas de Derecho Penal Internacional y europeo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 208 (versión digital disponible en <http://ssrn.com/abstract=1972244> bajo el título “The current law of crimes against humanity. Analysis of UNTAET Regulation 15/2000”; también en *Criminal Law Forum* 13: 1-90, 2002).

³ Cfr. art. 28.a.i del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

A raíz de la reapertura de los juicios de lesa humanidad, la experiencia argentina ha demostrado la necesidad y la importancia de que la supervisión, el control y el manejo de los archivos documentales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad quede en manos de la población civil, a los efectos de garantizar un trabajo exhaustivo, independiente y eficaz.

En este sentido, es necesario que el relevamiento de archivos y documentos de organismos presumiblemente implicados en desapariciones forzadas de personas –especialmente si éstas fueron masivas- quede a cargo de expertos independientes, con un marcado perfil interdisciplinario –v. gr. especialistas en archivismo, antropología, sociología, economía, contabilidad, derecho, etc., según las particularidades de cada archivo-.

4. Participación de las víctimas en la investigación de desapariciones forzadas y la importancia de sus testimonios.

A nuestro criterio, es fundamental que la participación de las víctimas en la investigación sea reconocida ampliamente. Esto implica admitir su intervención en las distintas etapas de la investigación y por distintos medios.

En primer lugar, es fundamental que los Estados admitan la intervención de las víctimas como partes del proceso, con derecho a formular peticiones, presentar evidencias, reclamar medidas de investigación, interponer apelaciones y formular alegaciones en general. Esta intervención debe ser reconocida en todas las etapas de la investigación, así como también en los procedimientos posteriores de sanción a los responsables.

En este sentido, cabe advertir que en el sistema continental muchos países admiten la figura del “querellante”, pero supeditan su intervención a la actuación de un fiscal –querellante adhesivo- o exigen que se haya individualizado a un imputado en particular contra quien dirigir la querrela o acusación criminal. Este tipo de intervención limitado, en la práctica, implica que la participación de las víctimas sea meramente formal. En el sistema anglosajón, en tanto, es habitual que las víctimas no tengan la posibilidad de intervenir en el proceso penal. Por ello, el Grupo de Trabajo debería recomendar que independientemente de las características del sistema penal de cada país, las víctimas puedan intervenir en la investigación de las desapariciones forzadas desde el inicio, pudiendo acceder a todas las actuaciones y formular las peticiones necesarias para hacer valer sus intereses.

En segundo lugar, en general, los mecanismos de cooperación internacional entre los Estados no reconocen ningún rol a las víctimas. Es importante que el Grupo de Trabajo también recomiende que las víctimas puedan intervenir en

los requerimientos cursados entre Estados, tanto para la realización de medidas de investigación como para la extradición de los presuntos responsables. Debe tomarse en cuenta que en la medida que las desapariciones forzadas implican la intervención de agentes estatales en el crimen y la cooperación internacional suele depender de dependencias de los Poderes Ejecutivos (como la Cancillería o el Ministerio de Justicia), estos podrían desarrollar los requerimientos de cooperación de modo negligente o como una mera formalidad destinada a fracasar. Por ello, es fundamental que las víctimas también puedan intervenir en estas instancias, de modo que no solo puedan controlar las actuaciones del Estado, sino también nutrir a las autoridades del Estado requerido con información adicional y aportar elementos para el mejor resultado de la investigación.

En tercer lugar, consideramos que la participación no debe limitarse a las víctimas directas, sino que también debe comprender a las organizaciones no gubernamentales encargadas de su defensa.

La participación en el proceso de organizaciones de la sociedad civil que defienden a víctimas de desapariciones ayuda a controlar e impulsar a las instancias estatales en el cumplimiento de sus deberes de investigación, juzgamiento y sanción, y promueve la eficacia de la investigación mediante su impulso e independencia de los elementos estatales que están siendo juzgados. Además, al aparecer como intermediarias, las organizaciones no gubernamentales preservan a las propias víctimas de las amenazas y persecuciones que pueden suceder a consecuencia de su exposición y reclamos.

En este sentido, cabe apuntar como una buena práctica que en Argentina se admite la intervención de las organizaciones de derechos humanos como parte querellante en la investigación de crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos⁴.

En definitiva, consideramos que la participación de las víctimas debe ser reconocida de modo amplio, recomendándose su intervención en todas las etapas de investigación y juzgamiento de las desapariciones forzadas, de manera directa o a través de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos.

⁴ Ver ley 26.550, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160777/norma.htm> . Es importante señalar que esta ley se aprobó en virtud de un Acuerdo de Solución Amistosa entre la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y el Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Inocencia Luca de Pegoraro y otros vs. Argentina", Petición P-242-03, homologado por la CIDH en su Informe 160/10, disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/87.ARSA242-03ES.doc>).

5. Estándares de reunión de prueba en los casos penales de desaparición forzada.

Este punto se relaciona con la tipificación del delito de desaparición forzada. La prueba necesaria para acreditar una desaparición forzada depende directamente de los elementos típicos de la figura y de las formas de atribución de responsabilidad que ésta admita. En este sentido, reiteramos cuanto hemos dicho en orden a la importancia de admitir figuras tales como el dominio del hecho por aparato organizado de poder, la responsabilidad del comandante, el dolo eventual y la “ceguera voluntaria”.

En cuanto a lo estrictamente probatorio, en relación a la faz subjetiva o *mens rea*, creemos que:

- Debe admitirse la prueba circunstancial. Al respecto, Cassese señala que “como en el derecho nacional, en el derecho penal internacional, el estado mental culpable normalmente se prueba con evidencia circunstancial (...), uno puede inferir de los hechos del caso si el imputado, al actuar de cierta manera, quiso o era consciente de que su conducta iba a provocar un determinado resultado”⁵.
- *A priori*, no debe exigirse ninguna prueba determinada. La prueba debe depender exclusivamente de los hechos particulares de cada caso. En este sentido, debe tenerse presente el precedente “Blaškić” de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia (TPEY), donde se reprochó el razonamiento seguido por el Tribunal de Juicio que había elaborado una lista de cuatro elementos de prueba que acreditarían el conocimiento del contexto por parte del autor –necesario en ese caso para atribuir el carácter de lesa humanidad a su conducta-.⁶
- Cuando las desapariciones forzadas ocurran en el contexto de un ataque generalizado o sistemático a la población civil, constituyendo por ende un crimen de lesa humanidad, la prueba sobre el conocimiento del contexto también debe guiarse por estos principios. De acuerdo a la jurisprudencia del derecho penal internacional, no debe exigirse que los autores conozcan con detalle los alcances del plan o política en la que se inscribe su conducta, resultando suficiente con el mero hecho de que conozcan que se está llevando a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

⁵ Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2008, 2da. edición, pág. 74. La traducción es propia.

⁶ “Blaškić”, Cámara de Apelaciones del TPEY, IT-95-14-A, 29/06/2004, §126 y §127

6. La importancia de unidades fiscales especializadas e instituciones forenses independientes para una investigación eficaz de las desapariciones forzadas.

Las unidades fiscales especializadas son un actor fundamental en los procesos de investigación, juzgamiento y sanción de la desaparición forzada de personas. Para que puedan cumplir este rol, es necesario garantizar su independencia de criterio y de actuación de otros poderes del Estado, en particular cuando estos están siendo investigados. En la práctica, la independencia de estos organismos muchas veces se ve limitada por adscripción orgánica al Poder Ejecutivo de los auxiliares de la investigación, como las policías de investigación u otras agencias de investigación criminal y los peritos. El Grupo de Trabajo debería promover que estos organismos también gocen de independencia y que, en caso contrario, se recurra a entidades o expertos externos e independientes para que colaboren con la investigación.

La independencia interna de las unidades fiscales especializadas es un asunto más complejo. Normalmente, estas fiscalías se ubican orgánicamente en instituciones más grandes⁷, con estructuras fuertemente jerárquicas y piramidales. El Grupo de Trabajo debería recomendar que, sin perder de vista el dinamismo de este tipo de organizaciones, los funcionarios a cargo de las fiscalías especializadas sean designados y removidos por medio de procedimientos objetivos y transparentes, en los que participen las víctimas y las organizaciones de defensa de los derechos humanos.

A su vez, la independencia no debe ser una excusa para evitar la rendición de cuentas. Las fiscalías especializadas son organismos que se deben a las víctimas y a la sociedad en general, por lo que debe exigirse que presenten periódicamente informes públicos de gestión y faciliten el acceso a la información en su poder, salvo aquella cuya reserva sea estrictamente necesaria para los intereses de una investigación en curso.

En este sentido, también creemos importante que se garantice la participación de las víctimas y sus organizaciones en la diagramación y conformación de los equipos de trabajo de estas unidades.

Por otro lado, debemos advertir que en nuestro país este tipo de unidades fiscales tienen un rol secundario o colaborativo en el proceso, adjudicándose la investigación a los jueces de instrucción o fiscales sin especialización. En nuestra experiencia, esto implica una fuerte limitación para la eficacia de la

⁷ Denominadas en el sistema continental como Ministerio Público Fiscal y en el sistema anglosajón como *Attorney General* o *Crown Prosecution Service* (en el Reino Unido).

investigación de las desapariciones forzadas. Creemos necesario que el Grupo de Trabajo recomiende que estas unidades fiscales tengan plenas facultades en el proceso, asumiendo legalmente el deber de conducir la investigación.

7. Cooperación internacional entre Estados en los casos de desapariciones forzadas.

En nuestra experiencia buscando a los niños y niñas apropiados durante la dictadura cívico-militar argentina, repetidamente resulta necesario acudir a la cooperación internacional para obtener ADN de posibles víctimas de desaparición forzada que residen en el extranjero. Lamentablemente, es habitual que los Estados requeridos no adviertan la gravedad de estos crímenes e impongan obstáculos formales a la procedencia de la solicitud –que muchas veces es rechazada–.

Por ello, entendemos que las recomendaciones que efectúe el Grupo de Trabajo en relación a la cooperación internacional no deben limitarse a la extradición de los responsables o al intercambio de información, sino que deben contemplar la necesidad de practicar medidas de investigación en terceros países –incluida la obtención de ADN de posibles víctimas y otras medidas de identificación–.

Asimismo, tal como hemos dicho precedentemente, es necesario que los mecanismos de cooperación internacional garanticen el derecho de las víctimas a participar del proceso. Normalmente la cooperación internacional es concebida como un intercambio entre Estados, sin que los particulares puedan intervenir. Es necesario que se promueva el reconocimiento de las víctimas también en esta instancia.