

LOS DESAFÍOS DE ADAPTAR LA CONVENCION AL DERECHO LOCAL

Luciano A. HAZAN

Vicepresidente del Comité contra las Desapariciones Forzadas

Cuando se habla de la adaptación de la Convención al derecho de los estados, en general se ha teorizado sobre la criminalización de las desapariciones forzadas tal como lo establece su artículo 4°. Sin embargo, los desafíos que plantea la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas son mucho más complejos. Por un lado, no alcanza con aplicar la definición de las desapariciones forzadas del artículo 2° a un nuevo tipo penal autónomo. Son varias las disposiciones que, como veremos, exigen más que eso a los estados.

Por otro lado, el tratado exige numerosas medidas de adaptación al derecho interno que van más allá de la tipificación del crimen. De hecho, el Comité contra las Desapariciones Forzadas ha interpretado la Convención y puesto de manifiesto cuáles son esas exigencias en las guías sobre las formas y contenido de los informes que los estados parte deben remitir en virtud del artículo 29. Esta guía, aprobada en la segunda sesión del Comité, a fines de marzo, sin dudas se trata del mayor trabajo de interpretación que ha hecho el Comité hasta ahora, y estará publicado en los próximos días, una vez que se finalicen los trabajos de edición y traducción.

Volviendo a la obligación de los estados parte de tipificar el delito de manera autónoma, podemos señalar las siguientes justificaciones, que se suman a la expresa obligación establecida en el texto:

- La Convención exige que la tipificación exprese la gravedad del delito de desaparición forzada (art. 7°), en lo que podríamos denominar como el principio de proporcionalidad, es decir, en términos relativos con los demás delitos establecidos en la legislación penal de un estado.
- La tipificación autónoma tiene un carácter preventivo, relacionado con el matiz comunicacional de la ley penal. No es lo mismo prohibir una privación ilegal de la libertad, en concurso con la sustitución de la identidad y la falsificación de documentos públicos (delitos típicos en la desaparición de niños), que prohibir las desapariciones forzadas con consecuencias penales. Influye inclusive en la conformación de la costumbre internacional.
- La Convención exige que se establezca que las desapariciones son delitos continuados, por lo que su prescripción no puede iniciarse hasta que cese la ejecución del delito (art. 8.b).

Además, no tipificar el delito, y utilizar los tipos penales vigentes en los códigos, trae aparejadas una serie de dificultades jurídicas que resultan violatorias de la Convención:

- Muchos de los delitos que concurren con la privación de la libertad, y que concuerdan con los requisitos de no reconocer la privación y de ocultar la suerte o el paradero de la víctima, son delitos instantáneos y no continuados, por lo que pueden aparecer complejidades relacionadas con el régimen de prescripción.
- Por otro lado, estos delitos, pensados por los legisladores para otros supuestos de hecho, nunca prevén penas proporcionales con la gravedad de las desapariciones. Y de aumentarse las penas, se estaría agravando irracionalmente el castigo para quienes cometieran esos otros delitos distintos de las desapariciones.
- Los concursos de estos delitos también son problemáticos, porque si se los interpreta como una única conducta, es decir, como un concurso ideal, entonces las penas previstas serán aun más bajas. Además, algún imputado podrá estar acusado sólo por alguna de las conductas, por ejemplo una falsificación documental, en lugar de ser reconocido como partícipe de una desaparición.
- Además, en los casos de desapariciones generalizadas o sistemáticas, requiere de un análisis de segundo nivel por parte de los tribunales para evaluar si se trata de delitos de lesa humanidad, que acarrea, entre otras cosas, la consecuencia de la imprescriptibilidad y la prohibición de la amnistía. Tendrán los jueces que establecer si la sustitución de la identidad, la falsificación de documentos u otros delitos, constituyen crímenes de lesa humanidad (por ser, en realidad, constitutivos de la desaparición forzada).

-
El documento elaborado por el grupo de Trabajo contra las Desapariciones Forzadas e Involuntarias sobre las mejores prácticas en la tipificación de las desapariciones forzadas, así como los primeros informes de los estados, que deberían comenzar a llegar a partir del 23 de diciembre, al cumplirse dos años de la entrada en vigor de la Convención, seguramente echarán luz sobre estos problemas.

Resulta claro, además, que las tipificaciones que decenas de estados han realizado a partir del Estatuto de Roma para la CPI, no son suficientes, ya que se atienen exclusivamente a las desapariciones como delitos de lesa humanidad, y no contemplan situaciones no generalizadas o no sistemáticas.

Por otro lado, parece importante reseñar que la pena de prisión no es el único castigo capaz de demostrar la seriedad de la conducta criminal. Las desapariciones son, en muchos casos, delitos cometidos por funcionarios públicos. La inhabilitación para el ejercicio de la función

pública es una sanción penal de fuerte carácter preventivo. Y tal vez más importante resulte la inhabilitación para ejercer funciones de seguridad privada. La experiencia en muchos países nos muestra la reconversión de los verdugos en agentes privados, que siguen armados, con redes de poder territorial, organización y capacidad de llevar adelante tareas de inteligencia. Esta situación podría obstar a la realización de investigaciones eficaces o podría facilitar la amenaza, hostigamiento o agresión física de testigos, denunciantes, víctimas o defensores. La inhabilitación resulta una buena práctica de la tipificación que hizo la Argentina en su ley de implementación.

También deben los estados, a la hora de tipificar el delito de desaparición forzada (art. 5), establecer de manera explícita que en casos de prácticas extendidas o sistemáticas de desapariciones forzadas, estarán frente a delitos de lesa humanidad, con las consecuencias que ello acarrea según el derecho internacional. Por ejemplo la imprescriptibilidad, la imposibilidad de interponer obstáculos a la persecución penal como amnistías o indultos, o la nulidad de la cosa juzgada en casos en los que no mediaron investigaciones serias que permitieran una eficaz persecución penal.

El artículo 6 de la Convención obliga a los estados a establecer principios de responsabilidad penal de acuerdo con el derecho internacional. Esto es, la prohibición de invocar órdenes superiores, inclusive en estructuras organizadas jerárquicamente como las militares u policiales; establecer la responsabilidad del superior en el marco de los aparatos organizados de poder, y también de los superiores que conscientemente permitieran que sus subordinados cometieran las desapariciones estando bajo su autoridad y control.

Por otro lado, la Convención recomienda el establecimiento de agravantes cuando las víctimas pertenecen a algún particular grupo vulnerables como los niños, los ancianos, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las personas que nacen durante el cautiverio de su madre, o en el caso de que resultare la muerte de la víctima de la desaparición.

La Convención también prevé el establecimiento de atenuantes para quienes proporcionen información que permita la aparición con vida de la víctima, para quienes la liberen, o para quienes aporten datos que permitan identificar a otros responsables. Todos estos elementos específicos no se encuentran habitualmente en la legislación comparada.

Y hablando de legislación comparada, se han establecido reglas procesales que implementan la Convención de manera innovadora, como la obligación de apartamiento de las

investigaciones de casos de desapariciones a fuerzas de seguridad que pudieran estar implicadas en los hechos, aunque se trate de una mera sospecha (artículo 194 bis del CCPN argentino).

Bien, ¿Qué sucede entonces cuando un estado no cuenta con una estructura independiente de investigación de este tipo de delitos? El establecimiento de este tipo de agencias estatales es parte de la implementación de la Convención que escapa a la mera tipificación penal, de acuerdo a los artículos 3, 12 y 24. En países en los que no se presentan casos generalizados o sistemáticos de desapariciones, este tipo de estructuras pueden ser útiles para investigar otros delitos como la corrupción y el abuso policial, o abusos de las fuerzas armadas sobre poblaciones civiles.

La capacitación de aquellas personas que deban investigar las desapariciones es un aspecto central de la implementación. No es lo mismo investigar una desaparición que un robo o una estafa. Se requieren especialistas en genética, en ciencias forenses. Seguramente será del interés del CED informarse sobre las estructuras de los estados en este sentido.

En la misma óptica, la Convención determina en su artículo 12 la protección de los denunciantes, de los testigos y de los defensores contra malos tratos o intimidación. Así como evitar su revictimización. Esto requiere de estructuras especializadas, que inclusive puedan ser utilizadas para otros delitos que las requieran. Hay que tomar esta previsión muy seriamente porque podemos encontrar en el mundo casos de testigos o defensores de derechos humanos desaparecidos. En Argentina se pueden mencionar, solo en términos ejemplificativos, el caso de Guillermo Díaz Lestrem (un defensor público comprometido con la búsqueda de los desaparecidos), durante la dictadura, o el de Julio López, un importante testigo de cargo, ya en democracia.

En este sentido, los estados parte deben garantizar mecanismos para denunciar. ¿Existen en el estado lugares distintos para denunciar que las comisarías u oficinas de las fuerzas de seguridad que pueden estar implicadas en la desaparición?

Volviendo a los requerimientos de capacitación, podría armarse, a la ligera, un listado de los objetivos de capacitación que demanda una implementación seria de la Convención:

- Quienes reciben denuncias.
- Quienes deben proteger a los denunciantes y testigos.
- De las fuerzas armadas y policiales de las reglas que establece la Convención.

- De las agencias que deben encabezar la investigación y la persecución penal.
- Agentes responsables de decidir sobre pedidos de asilo político o extradición u otros tipos de pedidos de devolución.

También exige la Convención que los estados parte elaboren registros de detenidos de manera de que estos sean fácilmente ubicados (art. 17), la implementación de procedimientos de habeas corpus, para que un juez imparcial pueda decidir sobre la legalidad de una detención. Y también, muy importante, establecer bases de datos genéticos para la búsqueda de las víctimas de desaparición, en casos de sustitución de identidad o en los que se presume el asesinato de la persona.

Es importante además destacar que entre las exigencias de implementación, la Convención establece que los estados deberán tomar las medidas necesarias para investigar casos de desapariciones forzadas aun cuando no mediara participación, apoyo o aquiescencia de agentes estatales (art. 3). Me interesa resaltar dos situaciones delictivas extendidas aun en países con instituciones democráticas estables. Me refiero a la trata de mujeres y niños para explotación sexual y al trabajo esclavo de inmigrantes ilegales. Claro que en muchos casos el estado también podrá estar involucrado. De una u otra manera, son temas que seguramente interesarán al CED. De hecho, el Comité comenzará a explorar el tema de la trata de personas y las desapariciones forzadas en su próxima sesión a través de un día de discusión general.

Como se puede observar, los desafíos de implementación son complejos, pero factibles. Son muchos los estados que cuentan con vasta experiencia en la materia, y será una tarea del Comité expandir las buenas prácticas y facilitar el diálogo, entre estados, y entre ellos, la sociedad civil y el resto de los interesados.

Finalmente, para cerrar, debo hacer hincapié también, en la necesidad de trabajar desde todos los niveles por una rápida ratificación de la Convención y de las competencias del Comité, invitando a multiplicar sus esfuerzos a los estados, a la sociedad civil, así como al Alto Comisionado, reforzando el compromiso del Comité de hacerse visible, para lo cual esta actividad es muy relevante.