

2 noviembre 2017

Responsabilidad del Estado Argentino en el caso de Santiago Maldonado

Por Marcelo Ferreira *

Santiago Maldonado desapareció el 1 de agosto en las cercanías de Esquel, Provincia de Chubut, durante un operativo de represión llevado a cabo por Gendarmería.

Desde ese entonces, sucesivas versiones instaladas por medios de comunicación y por funcionarios del propio gobierno pretendieron primero negar la presencia de Santiago en el lugar de los hechos y después negar la configuración del delito de desaparición forzada. Con argumentos que revelan mala fe, ya que por el rango de los funcionarios y la condición propia de los periodistas, no pueden alegar ignorancia de las normas del Derecho Internacional y el Derecho Argentino.

Se dijo que la aparición del cuerpo sin lesiones descartaba ese delito: “Caso Maldonado: las hipótesis que se caen tras los primeros datos de la autopsia” (*Clarín* 21/10/17), y durante 9 días ese periódico sacó las noticias sobre Maldonado de su tapa.

El secretario de Derechos Humanos Claudio Avruj afirmó que “no hay ningún indicio que demuestra que sea una desaparición forzada de personas” (diario *Perfil*, 24/8/17). Y la ministra Bullrich sostuvo en el programa de Mirtha Legrand: “Tengo la fuerte convicción de que la Gendarmería no es responsable de la desaparición de Maldonado. Hubo 40 efectivos que participaron en el operativo que se llevó a cabo en la comunidad Pu Lof y si hubiera cometido algún delito se habría denunciado. Interrogamos a todos... y no encontramos indicios contra la fuerza” (les preguntamos, nos dijeron que no, y listo: así de simple).

Elisa Carrió dijo: “Había muchos que sabían la verdad, es decir, construyeron un desaparecido... privaron a sus padres de estar con su hijo 60 días... y la verdad que ese cuerpo habló” (*Clarín*, 23/10/2017). Y en su cuenta de Twitter escribió el 30 de agosto de 2017: “Si la hipótesis de la desaparición forzada de Maldonado fuese una invención kirchnerista sería perverso, infrahumano y delictivo” (en ese orden).

También atacaron a los docentes: “desde el gobierno tildan de gran canallada la campaña de Ctera”. El ministro de Educación Alejandro Finocchiaro dijo que es

“enanismo intelectual” hablar de desaparición forzada en las escuelas (TN, 30/08/2017).

La Nación tituló “Un camionero asegura que trasladó a Santiago Maldonado por rutas de Entre Ríos” (9/8/2017). *Clarín* publicó: “Hay un barrio de Gualeguaychú donde todos se parecen a Santiago” (11/8/17).

El gobierno ofreció recompensa a quienes dieran información sobre Santiago, lo que fomentó los males de avaricia, oportunismo y delación.

Desde la Cátedra Libre de Derechos Humanos de la Facultad de Filosofía y Letras afirmamos que la responsabilidad del Estado se verifica en todas las hipótesis posibles, aun en el caso hipotético de que se demuestre que la muerte de Santiago no fue una desaparición forzada de personas.

El delito de Desaparición Forzada:

Elementos: el delito se configura ante la presencia de tres elementos: a) privación de la libertad de una persona, b) cometida por agentes del Estado o por personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, c) falta de información o negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Es un delito con dos tramos: una acción (privación de la libertad) y una omisión (falta o negativa en la información). En el caso de Santiago Maldonado está claramente configurado el segundo tramo, aunque todavía no podemos pronunciarnos sobre el primero.

Privación de la libertad: legal o ilegal, lícita o ilícita, violenta o pacífica. En los términos del art.142 ter del Código Penal “cualquiera que fuere su forma”. La ilegalidad deriva de la falta de información, de negarle a la víctima la posibilidad de controlar su detención, independientemente de que la privación de la libertad haya comenzado siendo lícita o ilícita. Por ello, es un disparate mayúsculo sostener que no se trata de una desaparición forzada porque el cuerpo haya aparecido sin lesiones. Y la difusión de ese aserto por los medios periodísticos es un acto de mala fe, porque basta consultar a cualquier abogado especialista en el tema para saberlo: no ignoran, simplemente mienten.

Omisión o negación: se refiere a aquellos integrantes del Estado que tienen obligación de informar o de reconocer las privaciones de libertad. Es decir que quedarían alcanzados por esta obligación los funcionarios políticos que ejercen un poder de control sobre las fuerzas de seguridad: específicamente ministro de Seguridad y ministro de Justicia.

Particulares: puede suceder que el acto de aprehensión sea realizado por un particular que cuenta con la autorización, apoyo o aquiescencia (hacer la vista gorda) del Estado. La responsabilidad del Estado se verifica aun cuando el hecho sea cometido por particulares: “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular, o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación” (caso Velázquez Rodríguez Corte Interamericana de Derechos Humanos). “...Cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo cual comprometería la responsabilidad internacional del Estado” (caso “Radilla Pacheco vs. México” Corte Interamericana de Derechos Humanos). Por ello, la responsabilidad del Estado se mantiene aún en la conjetura absurda de que los culpables de la muerte de Santiago sean los mapuches.

Bien jurídico: es importante entender que la desaparición forzada de personas es un delito contra la libertad y no un delito contra la vida, por lo cual es irrelevante la aparición del cadáver: la segunda vicepresidenta de la CIDH, Esmeralda Arosemena declaró el 21 de octubre que “la aparición de un cuerpo no descarta que pueda ser una desaparición forzada”. Como se trata de un delito contra la libertad y no de un delito contra la vida, bien puede ocurrir un homicidio en el marco de una desaparición forzada. El periodista Jorge Lanata sostuvo “*asesinato no es desaparición forzada de personas...si lo cagaron a palos y lo mataron se llama asesinato, no desaparición forzada de personas*” (TN, 27/08/2017). Eso no es correcto: miles de personas en todo el continente fueron asesinadas en el marco de desapariciones forzadas, y nadie ignora eso.

También es irrelevante la aparición con vida: no deja de ser una desaparición forzada. Esto resulta confirmado por la última parte del 142 ter del Código Penal, que habla de atenuantes para la aparición con vida. Incluso puede darse el caso de muerte accidental durante una desaparición forzada, que no dejaría de ser tal por esa circunstancia, si se comprueban los elementos del tipo penal referidos arriba. Es decir: si Santiago se ahogó la responsabilidad del Estado Argentino no se desvanece, si se demuestra una privación de la libertad seguida de falta o negativa en la información. En esta hipótesis se abre otro escenario: la eventual responsabilidad civil del Estado Argentino (por ej. Caso “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerenses) y otros, s/ daños y perjuicios”, CSJN, 6 de marzo de 2007).

Por todo ello constituye también un error la opinión de Jorge Lanata vertida en su programa *Periodismo para Todos*, cuando afirmó que el juez Gustavo Lleral dijo que el cuerpo no tenía señales de agresión, pero, agregó: "...sin embargo, escuché a la familia en Montevideo diciendo todo lo contrario. Hasta ahora, es mil veces más lógico decir que se ahogó y no que fue una desaparición forzada de persona... No puede haber desaparición forzada porque no tenía lesiones" (TN, 29/10/2009).

Es un delito pluriofensivo. En la desaparición forzada de personas concurren simultáneamente diversas violaciones a distintos derechos, más allá del derecho a la vida: integridad física, la seguridad, la protección contra la tortura o los tratos inhumanos o degradantes, el derecho a un proceso imparcial y público, a un recurso judicial efectivo, a la personalidad jurídica. Y específicamente, los derechos de los familiares (casos "Velázquez Rodríguez vs. Honduras", "Blake vs. Guatemala", "Heliodoro Portugal vs. Panamá", entre muchos otros). El delito puede configurarse aunque se trate de una privación de la libertad por poco tiempo: es indistinta la duración de la maniobra delictiva.

Finalidad: nada dice el art. 142 ter en cuanto a la finalidad típica de la DFP. El art. 7.2 i) del Estatuto de Roma establece la "intención" de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley por un tiempo prolongado. Pero el Grupo de Trabajo de la ONU relativizó ese requisito (prueba de la intención): "De conformidad con el art. 1.2 de la Declaración, todo acto de desaparición forzada tiene la consecuencia de la colocación de las personas sometidas al mismo fuera de la protección de la ley. Por lo tanto, el grupo de trabajo admite casos de desaparición forzada, sin necesidad de que la información mediante la cual un caso se informó por una fuente debe demostrar, ni siquiera suponer, la intención de colocar a la víctima fuera de la protección de la ley".

Crimen de Lesa Humanidad:

Crimen de lesa humanidad es el *nomen iuris* que designa el conjunto de condiciones bajo las cuales se autoriza en determinados casos el desplazamiento de determinadas reglas de derecho interno por reglas de derecho internacional. El razonamiento es el siguiente: a) dados determinados casos (el catálogo de crímenes en cuestión) y b) dadas determinadas condiciones (ataque generalizado o sistemático contra población civil), c) las reglas de derecho interno quedan desplazadas por normas de derecho internacional (reglas relativas al debido proceso). Dicho de otro modo: las palabras "crimen de lesa humanidad" no tienen otro sentido que indicar la aplicabilidad o no aplicabilidad de determinadas reglas.

En el crimen de lesa humanidad, cada uno de sus ámbitos de validez tiene determinadas notas características: ámbito material (inderogabilidad, inadmissibilidad), ámbito personal (responsabilidad individual), ámbito temporal (imprescriptibilidad, retroactividad), ámbito espacial (jurisdicción universal).

En el caso de las desapariciones forzadas, el plexo normativo aplicable está integrado por cuatro instrumentos:

- 1) Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 7 inc.I).
- 2) Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
- 3) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- 4) Código Penal argentino, que en su art.142 ter tipifica el delito de desaparición forzada de personas.

Los tres primeros instrumentos contemplan la tipificación del delito como crimen de lesa humanidad, mientras que el Código Penal argentino se refiere a su tipificación como delito individual.

En efecto, el Preámbulo de la Convención Interamericana y el art. 5 de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas establecen que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad. Con respecto al Código Penal, el día previo a la sanción de la Ley 26679 (12/04/11) el diputado Ricardo Gil Lavedra manifestó en la reunión conjunta de la Comisión de Legislación con la Comisión de Derechos Humanos y Garantías, que: "...en el caso de Iván Torres la Argentina se comprometió -incluso ante la Comisión Interamericana- a suscribir una ley que estableciera la tipicidad de la desaparición forzada de persona individual. Remarco 'individual' porque el delito de desaparición forzada figura también como uno de los desagregados del Estatuto de Roma como delito de lesa humanidad. La Argentina ya ha aprobado el Estatuto de Roma y ha aprobado esos delitos a través de la Ley 26200, pero son colectivos, es decir, cuando esa desaparición forzada forma parte de un ataque sistemático o generalizado contra población civil. El que estamos incorporando ahora es el de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y trata de un caso individual que no forma parte de ese ataque sistemático".

El art. III de la Convención Interamericana dispone que “Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito las desapariciones forzadas de personas”: y se refiere a todas las desapariciones forzadas, no solo a aquellas que ocurren en un contexto generalizado o sistemático. Y así se desprende de las palabras de Gil Lavedra: “El que estamos incorporando ahora es el de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y trata de un caso individual que no forma parte de ese ataque sistemático”.

Al margen de ello, entendemos que todas las desapariciones forzadas de personas constituyen crimen de lesa humanidad, y no solo aquellas que ocurren en el marco de un “ataque generalizado o sistemático”. Ello porque los arts. VII y VIII de la Convención Interamericana establecen la imprescriptibilidad y la exclusión de eximentes de obediencia debida o instrucciones superiores para todos los casos de crímenes de lesa humanidad. Y estas son precisamente las notas que caracterizan al crimen de lesa humanidad: que no significa otra cosa que la aplicación de esas reglas. Y la nota de inderogabilidad surge del Preámbulo de la Convención: “La desaparición forzada viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable”.

Por lo demás en el derecho internacional las desapariciones forzadas tienen hace mucho tiempo rango de crimen de lesa humanidad: así lo estableció la Resolución 666/83 de la Asamblea General de la ONU. Y la prohibición de las desapariciones forzadas y el correlativo deber de investigar y sancionar a los responsables ha alcanzado el carácter de *ius cogens*: norma imperativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (caso “Goiburú y otros vs. Paraguay”, 24/11/10).

El periodista Jorge Lanata dijo en su programa *Periodismo para Todos* que resulta “cínico e hijo de puta calificar el caso como desaparición forzada de persona”, y que “...algunos creen que hay un plan sistemático para desaparecer, que la Gendarmería se reunió y planeó esto, ¿les parece verosímil?”. También dijo: “...es increíble y mala leche que se caracterice este tema como desaparición forzada de persona, eso es un plan sistemático para que la gente desaparezca. ¿Realmente creemos que Macri tiene un plan sistemático? En este caso, lo defiendo”. En aplicación de este criterio, y como hipótesis *ab absurdum*, deberíamos concluir que para sancionar las desapariciones forzadas tendríamos que esperar hasta que las mismas alcancen un carácter generalizado o sistemático. Y la respuesta del juez ante una denuncia de desaparición forzada debería ser “por el momento no se configura ese delito, esperemos a que desaparezcan cien o doscientas personas más de manera

sistemática y después vemos...”. Lanata dijo además: “Hay que pensar un segundo las boludeces que escuchamos”, que “...*piensen un minuto las boludeces que dicen*”, y “...por favor, leamos Historia, leamos los diarios, pero pensemos un poco antes de repetir las boludeces que estamos diciendo”. En estas cosas sí tiene razón, pero ojalá aplicara estos criterios para sí mismo.

Responsabilidad del Estado Argentino:

El Comité contra la Desaparición Forzada de Naciones Unidas emitió una “petición de acción urgente” el 6 de octubre, y la CIDH otorgó medidas cautelares el 22 de agosto. En términos del Comité:

“...pasó más de un mes antes de que las autoridades iniciaran su labor investigativa tomando en cuenta el conjunto de los testimonios y elementos probatorios disponibles. El Comité recuerda al Estado parte que los primeros momentos tras la desaparición de una persona son de mayor relevancia en la perspectiva de buscar y ubicar a la persona desaparecida”.

El Comité dice: “El posible involucramiento de la Gendarmería solamente fue integrado como hipótesis de investigación sería más de un mes después de la desaparición del señor Maldonado, tiempo en el cual no se ha cumplido con las acciones calificadas como urgentes dentro de los estándares básicos de búsqueda de personas desaparecidas”.

“El Comité resalta que la demora con la cual ocurrió el allanamiento, así como las alegaciones de la limpieza de los vehículos que fueron usados en los primeros momentos del operativo, y la no integración de las fotos y videos en los primeros momentos de la investigación, han prolongado de forma indebida los procesos de búsqueda e investigación. Adicionalmente, demuestran una violación clara de los principios básicos de la cadena de custodia y dejan suponer que varios elementos probatorios relevantes para ubicar al señor Maldonado e investigar su desaparición forzada pueden haber desaparecido”.

“La Procuraduría de Investigaciones Administrativas sostuvo que al menos hasta el 4 de septiembre no existía ni siquiera un sumario administrativo en los términos previstos en la legislación nacional”.

El Comité se refirió específicamente a las declaraciones de la ministra de Seguridad:

El 7 de agosto de 2017, declaración según la cual “no hay ningún indicio de que Gendarmería esté involucrada en la desaparición de Santiago Maldonado”.

El 27 de agosto, cuando la ministra declaró: "...Estoy segura de que no fue Gendarmería porque investigamos mucho".

El 16 de agosto de 2017 ante la Comisión de Seguridad Interior y Narcotráfico del Senado, la ministra expresó dudas sobre la presencia de Santiago Maldonado en el territorio el 1 de agosto, mientras había sido demostrada claramente por varios elementos probatorios.

En el mismo sentido, el Informe del Ministerio de Seguridad del 18 de agosto de 2017 indicó: "hasta el momento ninguna persona en la causa judicial ha prestado un testimonio en el cual se hubiera aseverado, por una parte, que Santiago Andrés Maldonado se encontraba en el predio en cuestión el día del procedimiento". El Comité queda sorprendido con esta afirmación toda vez que ya existía una declaración incorporada a la investigación judicial en la que se ubicaba al Sr. Santiago Maldonado en el territorio.

"El Comité está muy preocupado porque gran parte de los aportes del Ministerio fueron adelantados a los medios de comunicación previo a su ingreso a la causa judicial. A modo de ejemplo, el Ministerio aportó las entrevistas relacionadas al incidente en que un gendarme le habría tirado una piedra a un manifestante a las 0.20 del martes 12 de septiembre, antes de que las partes tuvieran conocimiento de dicha presentación. El Comité está preocupado porque esta acción no es compatible con los principios básicos de confidencialidad y debido proceso aplicables a la investigación de cualquier caso de desaparición forzada".

Frente a esta "petición de acción urgente" la ministra Bullrich le pidió a la ONU "tener la voz no solamente de un grupo que puede tener intereses políticos en el caso, sino la voz de todos" (*Clarín*, 06/10/2017), lo que llama la atención, porque el Comité se limitó a constatar hechos concretos y verificables, y no citó opinión de grupo alguno. Además, la ministra tampoco identificó al grupo en cuestión.

De todo ello se desprende que la responsabilidad del Estado Argentino se verifica en todas las hipótesis posibles, aun en el caso de que no se demuestre una desaparición forzada. Por las siguientes razones:

1) Violación del Deber de Investigar: derivado de la Obligación de Garantía. El Estado tiene el deber de iniciar de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Caso "La Cantuta vs. Perú": el deber de investigar las desapariciones forzadas ha alcanzado el status de *ius cogens* (norma imperativa de derecho internacional). Y en el caso "Gonzalez Medina y familiares vs. República Dominicana", la Corte Interamericana estableció que "la investigación debe ser de oficio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva por todos los medios

legales disponibles”, obligación que se mantiene independientemente del agente al que se le pueda atribuir la violación, incluso particulares”. Asimismo, estableció que “la desaparición forzada, por su propia naturaleza, requiere de un estándar probatorio propio para que se declare su violación. De lo contrario, su prueba sería prácticamente imposible en la mayoría de los casos... no es necesaria la prueba más allá de toda duda razonable”, sino que “es suficiente demostrar que se han verificado acciones y omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por este”.

Asimismo, en el caso “Anzualdo Castro vs. Perú”: “La Corte reitera que el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación, y en algunos casos, la imposibilidad, para obtener pruebas y/o testimonios”.

2) Violación del deber de apartar a las fuerzas involucradas: El Art. 194 bis del Código Procesal prescribe: “El juez, de oficio o a pedido de parte, deberá apartar a las fuerzas de seguridad que intervengan cuando de las circunstancias de la causa surja que miembros de las mismas pudieran estar involucrados como autores o partícipes de los hechos que se investigan, aunque la situación sea de mera sospecha”. La ministra dijo “...nosotros no lo separamos porque pensamos que primero, para separar a alguien que está trabajando y cuidado a la gente, nosotros tenemos que cuidar a los que no cuidan”. Para ella los Mapuches no son gente.

3) Por posible encubrimiento: materializado en la paralización o desvío de la investigación y la instalación de hipótesis falsas: “Atrás de la RAM hay una organización inglesa que es su principal aportante. Lo tenemos absolutamente confirmado” (Bullrich, *Clarín* 8 de agosto de 2017). Además, los vinculó con Sendero Luminoso y las FARC.

La ministra Bullrich mintió una y otra vez, incluso ante el propio Congreso de la Nación. Mintió sobre el rol de la Gendarmería y mintió específicamente sobre la presencia de Nocetti en el lugar de los hechos. Y con tono patoteril afirmó frente a los senadores que los gendarmes “son personas respetadas y queridas en la zona, usted puede preguntar en la zona de Esquel y de El Bolsón por los comandantes de la Gendarmería y va a ver el alto prestigio que tienen...Yo no voy a hacer la injusticia de querer tirar un gendarme por la ventana...Y si nosotros lo que hacemos es primero tirarle al gendarme la responsabilidad, acusarlo previamente, echarle una responsabilidad que no está probada por el solo hecho de una presión mediática sería una mala ministra de Seguridad, me la banco yo...”. Aunque dice la verdad cuando afirma: “yo necesito esa institución

para todo lo que estamos haciendo, para la tarea de fondo que está haciendo éste gobierno”.

Por último, en casos de desaparición forzada se presume la participación activa de agentes de los cuerpos de seguridad estatal. Y no puede descartarse el valor de la prueba indiciaria, a partir de la doctrina sentada en el caso Velázquez Rodríguez, en criterio compartido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “en casos donde no se ha demostrado la detención de una persona por autoridades estatales, se puede presumir o inferir dicha detención si se establece que la persona estaba en un lugar bajo control del Estado” (casos “Velázquez Rodríguez” y “Godínez Cruz”).

En definitiva, la responsabilidad del Estado Argentino en el caso de Santiago Maldonado es clara, contundente e incontrovertible. En todas las hipótesis posibles.

Sergio Maldonado y su esposa Andrea Antico “custodiaron” el cadáver de Santiago Maldonado flotando en el río durante horas, porque no confiaban en el Estado Argentino encabezado por Mauricio Macri. Esa imagen debe acompañarnos para siempre.

* Profesor Titular de la Cátedra Libre de Derechos Humanos de la Facultad de Filosofía y Letras