

SEÑORA JUEZ LETRADA DE PRIMERA INSTANCIA EN LO PENAL DE 7º TURNO

La FISCAL LETRADA NACIONAL DE LO PENAL DE 2º TURNO, en los autos caratulados: CALCAGNO GORLERO, CARLOS, COAUTOR DE DOS DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA, EN REITERACIÓN REAL, Nº de Expediente 2-21152/2007, evacuando el traslado conferido digo:

Que a mi juicio, y de acuerdo a la relación fáctica contenida en el dictamen de fs.305/316 v., procede confirmar la providencia atacada, por las consideraciones siguientes:

I.- La Defensa sostuvo que el procesamiento se decretó sin pruebas, argumentando -como en otros casos de similar naturaleza- que el relato de hecho se funda solamente en una verdad "posible" (en clara alusión a la empleada en su momento por la Comisión Para la Paz).

Su línea de razonamiento parte de la desvalorización de los elementos probatorios manejados. Lo único que admite acreditado "con alguna certeza" es la detención de GUSTAVO INZAURRALDE y NELSON SANTANA en Paraguay, el 29.3.77 y el viaje de CALCAGNO a Asunción por esos días (en semana de turismo, del 5 al 7 de abril de 1977) "en funciones de coordinación de inteligencia".

Ese viaje de CALCAGNO parece desprenderse, entonces, de todo el contexto de la represión de la que él era partícipe, en particular de la conexión derivada del Plan Cóndor, que estaba en ese momento operando a pleno. Esa "coordinación de inteligencia, como es habitual ahora en todo caso de crimen organizado, como lo es la subversión", tal como expresara la Defensa, es justamente el marco en que debe analizarse la actuación del encausado.

No pueden aislarse los documentos, declaraciones e indicios, procurando despojar de toda trascendencia a ese viaje de CALCAGNO, sin atender a las funciones que desempeñaba, a su cargo específico en el momento de los hechos, al objetivo marcado para su misión y al resultado

final. La detención, tortura e interrogatorio, y el traslado de un grupo de uruguayos y argentinos, así como su alojamiento en centros clandestinos de detención son hechos relevantes, que traslucen pautas de actuación. Prueba de ello es que también DORA MARTA LANDI, ALEJANDRO JOSÉ LOGOLUSO y JOSÉ NELL, que compartieron cautiverio en Paraguay y fueron conducidos en ese vuelo, también están desaparecidos.

CALCAGNO no habrá intervenido en la detención de las víctimas de autos -porque no estaba en Paraguay- pero los servicios de inteligencia militar uruguayos respondieron prontamente a sus similares paraguayas, aportando toda la documentación que los sindicaba como subversivos. Y el portador de esa información fue precisamente CALCAGNO, a quien se cometió la indagatoria en Paraguay.

Es falso que no haya evidencias de que tomó parte en los interrogatorios bajo tortura de INZAURRALDE y SANTANA. Los documentos emanados de las autoridades dictatoriales paraguayas lo prueban claramente. Formó parte "del equipo de trabajo" que se formó los días 5, 6 y 7 de abril de 1977, integrado por connotados represores locales, argentinos y CALCAGNO como representante de los servicios de inteligencia de nuestro país. Ese "grupo de trabajo" fue el que logró obtener información sobre las actividades de los detenidos, y es así que el imputado trajo a Montevideo la copia de esas actas de interrogatorio.

Los testimonios recabados en Paraguay revelan que los prisioneros eran sometidos a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Los procedimientos empleados en cárceles y comisarías paraguayas durante la dictadura de Stroessner, además de ser un hecho notorio, denunciado a nivel nacional e internacional, resultan, en la especie, de los documentos provenientes de los "Archivos del Terror", hoy sistematizados y disponibles para su consulta.

Esos archivos, en la parte que nos interesa, fueron recogidos en copia auténtica por la Comisión para la Paz, luego por la Secretaría de Seguimiento y manejados en la

Investigación Histórica, que es una publicación oficial y su contenido es prueba indubitable. No son fotocopias simples. A poco que se examine el expediente, se advertirá que hay duplicación de documentos, porque fueron recibidos por diferentes conductos.

No me parece necesario formular nuevamente relación del contenido de esos documentos, que se reseñaron al pedir el procesamiento. Me remito a ese dictamen.

Adecuado es insistir, no obstante, que ese cúmulo probatorio, más las propias declaraciones de CALCAGNO, deben interpretarse como lo indican las reglas de la sana crítica. Por cierto que el Jefe de la COMPAÑÍA de CONTRAINFORMACIÓN de Uruguay, en aquellos tiempos, no iba a llevar un sobre cerrado y a traer otro que le entregaron, después de tres días de paseo, ocupando su tiempo en lugares de diversión.

El manejo de la información relativa a las organizaciones de origen anarquista, (FAU, ROE, OPR 33, PVP), provino del Oficial uruguayo que prestó colaboración diligente en los "minuciosos" interrogatorios.

Debe tenerse en cuenta que las personas que pudieron atestiguar el horror de las prisiones paraguayas (como también de los centros clandestinos de Argentina) son sobrevivientes de esas políticas estatales de persecución y exterminio. Por lo mismo, son testigos necesarios y valiosos.

Las dictaduras militares de la región no dejaron anotado, ciertamente, a quienes detuvieron, torturaron, asesinaron o desaparecieron. La prueba debe reconstruirse trabajosamente con lo que se puede encontrar que, en este caso precisamente, es mucho. La impunidad con que se manejó la dictadura paraguaya, así como el hallazgo casi fortuito de esos archivos, determina que la peripecia de INZAURRALDE y SANTANA pueda ser reconstruida con bastante fidelidad, por lo menos en su primer tramo.

Y en ese primer tramo, la intervención de CALCAGNO fue decisiva, digamos que selló el destino de dos sujetos detenidos primariamente por intentar obtener documentos falsos.

La asignación de importancia, según la Defensa, para las agencias paraguayas de seguridad de "indagar sobre actividades subversivas, en aquella época de confrontación bélica", que incluso podía (expresión textual) "verse como parte de un conflicto global entonces vigente entre los dos bloques en que se dividía entonces el mundo bipolar" supone un posicionamiento que se acerca mucho a la nefasta doctrina de la Seguridad Nacional, a la que parece adherir.

Por supuesto que analizar las posturas teóricas de la Defensa sobre ese punto no vendría al caso, si ello no tuviera consecuencias sobre las conclusiones a las que arriba en este expediente.

En Paraguay imperaba entonces una feroz dictadura que duró treinta y cinco años. Uruguay se había vinculado activamente a los gobiernos de facto de la región, mediante un sistema operativo llamado "Plan Cóndor", que actualmente nadie duda en calificar como una organización criminal. En las operaciones realizadas bajo ese marco, más allá de que existían estructuras legales formales, la regla fue la actuación clandestina y secreta de los efectivos que eran movilizados para el cumplimiento de las órdenes.

No se trataba entonces de una "confrontación bélica" regular. Hubo persecución de disidentes, fueren guerrilleros o ex guerrilleros o dirigentes políticos de partidos considerados opositores, sin reparar en los medios que se utilizaban. No sólo no se observaron las reglas prescriptas por el Derecho Internacional Humanitario vigente, sino que se actuó en el marco de políticas de corte genocida. Secuestros, torturas, desaparición y muerte fueron los métodos usuales.

Como en el caso de INZAURRALDE y SANTANA, que intentaban huir, luego de que los principales dirigentes del PVP fueran secuestrados en Buenos Aires, muchos de ellos trasladados clandestinamente a Uruguay y luego desaparecidos, a fines de 1976.

En todo caso, el tema de la bandera lo introdujo CALCAGNO, por tanto se supone que era uno de los objetivos de su viaje, como antes lo fue (también según declaraciones de los inculpados) de los represores que actuaron en bases clandestinas argentinas en 1976. En base a la declaración del encausado, y todo lo que resulta del expediente, en especial la documentación que él mismo aportó al SID (Servicio de Información de Defensa, dependiente de la Junta de Comandantes en Jefe), es de toda lógica inferir el contenido del interrogatorio.

El papel que cumplió CALCAGNO en todo el proceso de desaparición forzada de INZAURRALDE y SANTANA es más que claro. Fue el agente uruguayo que intervino para señalarlos como subversivos y expresar la voluntad del gobierno uruguayo para esos dos casos. Su traslado posterior está registrado. Si llegaron a Uruguay o desaparecieron en Argentina, es algo muy difícil de establecer. Pero el testimonio de RICARDO PEIDRÓ, no es "de oídas". PEIDRÓ estuvo con INZAURRALDE y prestó declaración en Uruguay, en este expediente. A su regreso rindió su informe y trajo las actas, que fueron consideradas por los órganos militares de decisión en la época. Todo está documentado y no hay especulación al respecto.

PEIDRÓ fue liberado, es uno de los pocos sobrevivientes que ha prestado testimonio sobre "El Atlético" en Argentina y Uruguay, y que ilustró sobre los métodos empleados en ese centro de detención. Pero INZAURRALDE y SANTANA están desaparecidos.

Las conclusiones de la Comisión para la Paz no tienen mayor trascendencia en este expediente, ni cabe ingresar a la consideración de si son prueba ilícita, como más adelante afirma la Defensa.

Esos argumentos, de que se trató de pesquisas secretas, que se violó el principio del "juez natural" y otros de similar tenor, ya los viene esgrimiendo el Doctor Langón en otros casos.

Pero la acreditación de estos hechos no resulta de las actuaciones de la COMIPAZ. En todo caso, en ese ámbito se recopiló información, testimonial y/o documental que se venía recogiendo durante años. Le consta a ese defensor que he sido muy crítica con respecto al valor probatorio de los testimonios que, supuestamente, se vertieron ante los integrantes de la COMIPAZ. Incluso reclamé ante un juez que se revelaran las “fuentes” y se citara a declarar a los informantes, cosa que fue denegada, en dos instancias.

Lo que se admitió como prueba fueron los documentos auténticos, que la Secretaría de Seguimiento tiene bajo su custodia.

Hubo si, conclusiones de carácter general que son de **recibo**, porque efectivamente se constató la desaparición de personas, previamente detenidas en establecimientos militares o en centros clandestinos regentados por militares, así como la práctica sistemática de torturas en esos sitios.

Para llegar a esas conclusiones no necesitaban interrogar secretamente a “fuentes” anónimas. De la “Comisión Investigadora sobre personas desaparecidas y hechos que la motivaron”, que funcionó en la Cámara de Representantes a partir de la restauración democrática, de los testimonios recibidos en diversas Sedes judiciales uruguayas y extranjeras o ante Organismos internacionales de Derechos Humanos (OEA, ONU, por ejemplo), que la COMIPAZ manejó, ya surgían claramente esos hechos.

En otros expedientes en que se ventilan hechos de esta misma naturaleza, tiene dicho reiteradamente esta Fiscalía que dado el tipo de delitos que se investigan, es conveniente analizar como se valora el cúmulo de indicios, testimonios, documentación de diversa extracción, nacional y extranjera, producidos u obtenidos en épocas también distintas, resultado de investigaciones periodísticas concordantes, publicaciones de distinto origen y fecha de edición.

Se anota, como primera reflexión, que es trascendente en este aspecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los casos de desaparición forzada de personas. En esas hipótesis, es el Estado quien detenta el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos bajo su jurisdicción, y ha entendido que es a éste a quien corresponde la carga de la prueba. La defensa no puede descansar en la imposibilidad de los demandantes de allegar la prueba al proceso, porque no tienen acceso a registros que los propios imputados llevaban, o porque esos registros están ocultos o fueron destruidos.

Así lo tiene dicho, por ejemplo, en el caso Neira Alegría: *"La Corte considera que no corresponde a la Comisión demostrar el paradero de las tres personas a que se refiere este proceso, sino que, por la circunstancia de que en su momento los penales y luego las investigaciones estuvieron bajo el control exclusivo del Gobierno, la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado. Estas pruebas estuvieron a disposición del Gobierno o deberían haberlo estado si éste hubiera procedido con la necesaria diligencia"* (párr. 65).

No pueden, obviamente, extrapolarse sin más las reglas o prácticas probatorias de esos organismos internacionales al juicio en examen, aunque las garantías que éste debe plasmar comienzan en el respeto del principio de igualdad de las partes. Los secretos celosamente custodiados por grupos de poder, las operaciones de contrainteligencia, no son la moneda corriente en cualquier proceso. La prueba de los hechos ejecutados por un aparato de poder que ejercitó el terrorismo de Estado tiene que regirse por reglas acordes a la situación que se investiga, sin que ello suponga un descaecimiento de las garantías.

**No se pretende invertir la carga de la prueba.** Un gobierno de facto ordena, o al menos permite y facilita que sus funcionarios secuestren y hagan desaparecer a ciudadanos de los que no volvió a saberse. Ese gobierno de

facto y sus agentes son los que deben explicaciones, los que deben rendir prueba sobre el destino de esas personas.

Los denunciantes (familiares, amigos) han agotado los medios a su alcance para obtener información. La Fiscalía, parte, es cierto, no puede hacer otra cosa que interpelar a todos los actores de la época, que poseen la información y no la entregan.

Las conclusiones a las que se llegue, aún superando esas dificultades probatorias, son el resultado de la correlación de todos los indicios disponibles, con criterios lógicos.

La circunstancia de que se emitiera una orden de captura cuando un detenido moría en prisión, para encubrir el delito, resulta del informe del Comandante en Jefe al Presidente de la República. Es un indicio más, no puede ser tomado aisladamente.

En definitiva, se trata de un tema de apreciación de la prueba, que el Tribunal de alzada tendrá a su disposición y valorará de acuerdo a su criterio.

II.- La Defensa también se agravió, sosteniendo la inaplicabilidad del delito de Desaparición Forzada al caso de autos.

Se basa, en primer término, en la presunta violación del principio de irretroactividad de la ley penal, teniendo en cuenta que la ley que tipifica este delito es del año 2006.

Preciso es remarcar, sin embargo, que **la Desaparición Forzada es delito permanente**, no sólo porque así lo estatuye el art. 21 de la Ley 18026, sino porque esa característica estaba ya en las previsiones del art. 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución A/47/133 del 18.12.1992; y en el art. III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de Belém do Pará de 1994. Por tanto en la medida que la detención ilegal pervive, y/o la suerte de la víctima se

desconoce, el delito se sigue cometiendo hasta el presente.

Según el artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, al tratarse de un delito continuado, la acción penal y la pena que se imponga judicialmente al responsable no están sujetas a prescripción, salvo que exista una norma constitucional que así lo establezca, en cuyo caso la prescripción será igual a la del delito más grave en la legislación interna. Por lo tanto, a partir de la fecha de ratificación de la Convención se considera en el Estado Parte respectivo que las desapariciones forzadas en las que aún no se ha establecido el paradero de la víctima son delitos continuados (o permanentes, en nuestro léxico jurídico). La Corte Interamericana ya había considerado la desaparición forzada como delito continuado. En las Excepciones Preliminares y en la Sentencia del Caso Blake, por ejemplo, la Corte aclaró que aunque la privación de la libertad del señor Blake ocurrió en marzo de 1985 y su muerte el 29 del mismo mes, al tratarse de una desaparición forzada, los efectos de este crimen se prolongaron hasta el 14 de junio de 1992, fecha en la que las autoridades informaron de su muerte a sus familiares. Durante todos esos años, las autoridades guatemaltecas ocultaron la detención y muerte del señor Blake, a pesar de las gestiones de sus familiares para conocer su paradero. De este modo, el delito subsiste como un "todo indivisible", más allá de la fecha en que se produjo la muerte, siempre y cuando la misma se haya producido en el marco de una desaparición forzada.

Al respecto, el más claro de los textos en la materia es el art. 17 de la Declaración de Naciones Unidas que sostiene "Todo acto de Desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos".

La conducta inicial (secuestro), no es sino una etapa del *iter criminis* y las posteriores (y necesarias) son las

que estructuran la figura, que se sigue cometiendo hoy día.

La desaparición forzada es, pues, un delito que continúa perpetrándose mientras no aparezca la víctima, viva o muerta, dado que: la privación de sus derechos fundamentales se mantiene, su suerte permanece bajo la responsabilidad de quienes la han retenido y sus familiares siguen a la espera de información sobre su paradero

La calificación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente, tiene como efecto jurídico el que mientras la persona no recupere su libertad o aparezca su cadáver no es posible comenzar a contar el término de prescripción de la acción penal, pues la actividad consumativa perdura en el tiempo. Es de aplicación, entonces, la norma contenida en el artículo 119 del Código Penal.

En mi concepto, el estado antijurídico que perfila la desaparición forzada es actual, es diferenciable de cualquier otro, porque se atacan multiplicidad de bienes jurídicos, cuya vulneración ya era punible al momento de la detención. Por otra parte, el delito atribuible, previsto concretamente por el artículo 21 de la ley No. 18.026, prevé también una segunda modalidad, omisiva, que es, sin lugar a dudas, de carácter permanente.

Esa permanencia se funda en la asunción de que en este momento se está cometiendo el delito, el detenido desaparecido sigue desapareciendo todos los días: "Aprender del pasado no es sólo conocer lo que nunca más debería suceder, es también re-conocerlo en lo que aún sigue sucediendo" (Revista de la Asociación de Amigas y Amigos del Museo de la Memoria). Y no hay ficción que pueda contradecirlo.

Nuestra Suprema Corte de Justicia analizó, en 1988, la hipótesis del delito permanente en un caso de violación de derechos humanos cometida durante la dictadura.

Citó en su apoyo a Manzini, (Diritto Penale Italiano, T. I, págs. 606, 609, nota 3, 612 y 613, Ed. ATEA., Torino, 1950), a Ricardo Núñez (Derecho Penal Argentino,

Parte General, T.I pág. 257), a Antolisei (Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, págs. 187 y sigte., 3ª ed. Milano, 1957), a Maggiore (Derecho Penal, T I, pág. 295, Ed. Temis, trad. Ortega Torres, Bogotá, 1954), y a Eusebio Gómez (Tratado de Derecho Penal, T.I. pág. 429, ed. 1939) y en términos substancialmente coincidentes enuncia a Soler, Bayardo Bengoa, G. Vidal, Carrara, Cuello Calón, Pannain. En el asunto no se había aún formalizado instrucción y la Corte, ante la imposibilidad, material y jurídica -esto último por su absoluta incompetencia - de determinar si se configuró uno de los hipotéticos delitos planteados, emitió únicamente pronunciamiento sobre la constitucionalidad que había determinado su intervención en los autos.

Pero se destaca el acopio de doctrina sobre este delito en particular y la coincidencia de opiniones, resaltando a Manzini quien se expresa en estos términos: *“el delito permanente, ya sea cometido mediante acciones u omisiones, reproduce en cada uno de sus momentos todos los elementos necesarios para su existencia y represión”* (L.J.U. T. XCVII c.11 028)

El art. 21.2, entonces, dispone que el delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Ese texto prácticamente reproduce el art. III inc. 1 in fine de la Convención Interamericana, que ya era ley vigente.

Con base en el concepto de delito continuado o permanente, se han iniciado diversos procesos judiciales, incluso en países donde se habían promulgado leyes de amnistía, asumiendo que si el paradero de la víctima se desconoce con posterioridad a esa ley de amnistía, el delito es permanente y debe perseguirse. Aún cuando también se ha argumentado, por ejemplo, que la tipificación de la desaparición forzada como delito continuado es incompatible con el principio de irretroactividad de los Tratados (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 28), esta

interpretación es, en mi opinión, incorrecta. El artículo 28 de la Convención de Viena establece: *Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.*

El principio de irretroactividad tiene como excepción la voluntad de los Estados de que el Tratado produzca efectos respecto de actos o hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor. Y de la lectura del Preámbulo y el articulado de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (en particular los artículos III y VII) se desprende con claridad la intención de castigar las desapariciones forzadas que aún no se hayan resuelto. Por lo tanto, no hay conflicto entre el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la consagración del delito continuado en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

En los casos de desaparición forzada ha sostenido la Corte que: *El deber de investigar casos de desaparición forzada subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance".* (Caso Velásquez Rodríguez, párrafo 181).

En el caso, entiendo que se trata directamente de aplicar la ley interna vigente, sin necesidad de recurrir a las normas de derecho penal internacional. Teniendo presente los cuestionamientos de distinta índole, no solo

a la aplicación de la norma contenida en el art. 21 de la ley n° 18026, sino a la ley misma, recordamos que dicha ley fue votada por unanimidad, en medio de aplausos de los legisladores y con la aprobación explícita de los cuatro partidos con representación parlamentaria.

La Comisión de Constitución y Legislación del Senado recibió los informes y opiniones de la Suprema Corte de Justicia, del Prof. Milton Cairoli, grado 5 de la Cátedra de Derecho Penal de la UDELAR, del Dr. Heber Arbuet, igualmente profesor de Derecho Internacional, de distintas organizaciones comprometidas con la protección de los Derechos Humanos, y de la sociedad civil.

El texto del art. 21 fue aprobado sin objeciones en Comisión y en Plenario de ambas Cámaras. En la Comisión del Senado participaron calificados juristas como el Dr. Sergio Abreu, el Dr. Julio María Sanguinetti y el Dr. Jose Korseniak, por nombrar solamente algunos de sus integrantes. El Dr. Cairoli entendió importante la tipificación del delito de desaparición forzada en esos términos y agregó que *“Me parece innecesario el 21.2, quien haya estudiado derecho penal, sabe que el delito de desaparición forzada es un delito permanente (no continuado, expresión que no debe figurar), o por lo menos un delito instantáneo con efectos permanentes, lo que a la postre es igual a los efectos de las consecuencias delictivas en tanto no se retrovierta en los hechos, esa situación de desaparición”*.

Aunque el texto no parezca afortunado, es Derecho Positivo y como tal aplicable en función de la interpretación que para cada caso concreto haga el juez. Si se lo tacha de inconstitucional, cabe acudir a la Suprema Corte de Justicia por vía de excepción o de acción en su caso.

En otro orden, no está en discusión que la no aplicación retroactiva de la ley penal es un principio universalmente reconocido por los ordenamientos jurídicos del mundo en tanto y en cuanto, consecuencia natural del

principio de legalidad de los delitos (*nullum crimen sine legge/nulla pena sine legge*).

Sin embargo, el derecho internacional es ilustrativo al determinar la naturaleza de la Ley penal aplicable: puesto que según el mismo se trata tanto de la legislación nacional como del propio derecho internacional. En tal sentido el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que "nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos **según el derecho nacional o internacional**". En forma similar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9, establece que "*nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos **según el derecho aplicable***".

Coadyuvando con lo señalado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (al igual que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 7º) reconoce una verdadera excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, en su art. 15. 2 cuando estatuye "*Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.*"

Dicha excepción también es pasible de ser reconocida en el giro utilizado en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando prevé "*de acuerdo con el derecho aplicable*"

Por tanto se ha de colegir que la fijación de una excepción de tal naturaleza, desde el ámbito internacional y en el marco de acuerdos sobre Derechos Humanos, no puede tener otro objeto que el habilitar el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como delictivos conforme a los principios generales de derecho internacional, aun cuando dichos ilícitos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional.

Es de resaltar que dicha cláusula fue incorporada a ambos tratados con el expreso propósito de responder a situaciones como las de la Segunda Guerra Mundial. No hay que olvidar que los crímenes de lesa humanidad por los que fueron juzgados y condenados varios de los dirigentes nazis en el proceso de Nuremberg, fueron tipificados *ex post facto* y no tenían precedente legal penal.

Resulta evidente que no existía en el derecho internacional anterior al año 1945 una definición del crimen de lesa humanidad, empero, los actos juzgados eran de tal magnitud y tan flagrantemente contrarios al derecho internacional de la época, como para ignorar su carácter ilícito y por tanto reprimirlos. Lo contrario por cierto, sería agregar una nueva afrenta a la comunidad humana mayor, a lo abyecto de los crímenes perpetrados.

Luego, **no puede soslayarse que la tortura y la desaparición forzada entre otros crímenes aberrantes son *per se* atentados contra el derecho internacional al entronizarse en crímenes de lesa humanidad ya alcanzados por la fórmula amplia recogida en el art. 6 lit. c del Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg por el cual se define a los crímenes contra la humanidad "el asesinato, la exterminación, la reducción a esclavitud, la deportación y todo acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra..."** Por tanto, debe admitirse que con la tipificación posterior de dichas acciones (Tortura, Desaparición Forzada etc. etc.) tan anatémizadas por la comunidad internacional y alcanzadas por el Estatuto de Nüremberg, **"no se innovaba ni creaba nada nuevo, puesto que codificaba una acción que la costumbre basada en la justicia, reputaba como condenable"** (Manuel A. Viera el delito en el espacio. Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal ed. F.C.U. Montevideo 1969

Sobre el *Ius cogens* existe doctrina mayoritaria que así lo considera fuente de derecho. Por ejemplo: *"El jus cogens o ius cogens pertenece a la categoría del orden público internacional, por lo tanto, las normas de ius cogens son de obligatorio cumplimiento y no admiten*

*disposición en contrario. En la escala normativa, las normas de ius cogens están en la cúspide”...(omissis) “De otra parte, la doctrina define a los DH como parte integrante del ius cogens: VERDROSS afirma que los DH hacen parte del ius cogens desde la entrada en vigor de la Carta de la ONU, MONROY CABRA, incluye en primer lugar a los derechos humanos dentro del ius cogens”. “Como hemos visto dentro de este tema, se encuentran factores que nutren la obligatoriedad de los DH, pues aquellos derechos pertenecen al selecto grupo del orden público internacional, y con la incorporación de cláusulas de juzgamiento universal, por su violación, se puede confirmar la obligatoriedad de los DH, a su vez, este cuerpo normativo busca la protección de las personas en todo el orbe, reconociéndolas como ciudadanos universales, sujetos de derechos y también de obligaciones” (Juan Pablo Hinostrosa Vélez, Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en las violaciones a los derechos humanos, Universidad Externado de Colombia, 2005, págs.29/31).*

En atención a lo que viene de verse, conforme al derecho internacional, antes referenciado Art. 15. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos se puede colegir la posibilidad de investigar, juzgar y condenar delitos de tal naturaleza, sin violar el principio de irretroactividad de la ley penal o en virtud de la excepción al principio de la irretroactividad mencionado *ut supra*, aún cuando al momento de cometerse los mismos, no fuesen considerados delitos según la legislación nacional.

En forma reciente (sentencia dictada en el caso sobre Desaparición Forzada de Kenneth Ney Anzualdo Castro, **Anzualdo Castro vs. Perú, setiembre 2009**) dijo la Corte Interamericana que “La Corte ha verificado la creciente consolidación de una perspectiva de la comunidad internacional y en particular del Sistema Interamericano, comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente o autónomo de la figura de la desaparición

forzada de personas En su jurisprudencia constante sobre este tipo de casos la Corte ha reiterado que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. Se trata, en suma, de una grave violación de derechos humanos, dada la particular gravedad de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados, que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano y cuya prohibición ha alcanzado el carácter de *jus cogens*" (párr..59, sin resaltado en el original).

En la crítica de la Defensa a la figura estatuida por la ley N° 18.026, sostiene que, "en cualquiera de sus modalidades, en lo que tiene que ver con su aplicabilidad por los Tribunales Nacionales, no es de *jus cogens* por cuanto el artículo 21 de la citada ley no incorporó los elementos de la regla internacional que exige que los delitos se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque" " lo que de por si desvirtuaría y echaría por tierra "la pretensión de imprescriptibilidad que se pretende basado precisamente en cierta jurisprudencia internacional".

No es tampoco de recibo la interpretación de que la segunda modalidad sea una "creación local, vernácula creada *ad novo* por la fecundia de nuestro legislador, visto que no existe internacionalmente el concepto de desaparecido si no ha sido éste privado previamente por el involucrado de su libertad..."

El Estatuto de la CPI no establece ninguna obligación de incorporar sus preceptos en el derecho interno. En este aspecto se diferencia del resto de los tratados internacionales en materia penal. Ni los preceptos del Estatuto, ni el principio de complementariedad obligan a

los Estados parte a promulgar leyes penales o a “copiar” el Estatuto. Aunque no obliga a los Estados a promulgar leyes internas que se correspondan con las prescripciones del Estatuto, sí les anima a que lo hagan. El mensaje del Estatuto de la CPI en cuanto a las características de la legislación penal interna es que los Estados deben estar dispuestos y en condiciones de perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, aplicando sus legislaciones, de forma similar a como lo haría la Corte Penal Internacional. **Los Estados gozan de una gran discrecionalidad sobre la forma de implementar el derecho penal internacional de carácter material, y para ello puede haber varias opciones de implementación, entre ellas la llamada Implementación Modificatoria.** En ese caso se incorpora lo fundamental de las normas internacionales; sin embargo, las especialidades del derecho interno pueden ser tenidas en cuenta en el proceso de incorporación. Además, el sistema de implementación modificatoria tiene como ventaja el que **se pueden documentar formalmente determinadas concepciones legales estatales sobre el ámbito e interpretación del derecho penal internacional, por ejemplo, mediante la inclusión en el derecho interno de algunos crímenes de derecho internacional que se encuentran recogidos por el derecho internacional consuetudinario pero que no se incluyen en el Estatuto de la CPI** (Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs.148 y sigs.).

El autor del proyecto de ley, en su Exposición de Motivos, puso de relieve que se establecía en aquél, y como principio general, *“el derecho y deber del Estado de juzgar los crímenes internacionales y, especialmente, los enumerados en el Estatuto de Roma”*. Se adoptó, claramente, **una modalidad de implementación modificatoria** – que no una copia – y de esa forma se tipificaron los Crímenes de Lesa Humanidad –Actos Aislados – en el Título II, Capítulo 2.

De esa forma, se reconoce para determinadas conductas el carácter de crímenes de lesa humanidad, aún cuando se

cometan fuera del contexto de un ataque generalizado o sistemático, *siempre que se realicen por agentes del Estado o con su autorización o aquiescencia*. Se tipifican como crímenes de lesa humanidad, hechos aislados que se corresponden con la “criminalidad gubernamental” o el “terrorismo de Estado” (macrocriminalidad política). (Oscar López Goldaracena, op. cit.)

Dice Ambos que “La *“Macrocriminalidad”* comprende, fundamentalmente, “**comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva, macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional**”, ella se diferencia por tanto, cualitativamente de las conocidas formas “normales” de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) **debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado**. La macrocriminalidad es más limitada que la “criminalidad de los poderosos”, ya que ésta, discutida con frecuencia en la criminología, se refiere por lo general a los hechos cometidos por los “poderosos” para la defensa de su posición de poder y ni estos “poderosos” ni el “poder” (económico) que defienden son necesariamente idénticos al estado o al poder Estatal. La intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivo a este respecto, es clarificado a través del aditamento de *“político”*. De este modo se rechaza también -coincidentemente con Jäger - la moderna tendencia de extender el concepto de todas las amenazas criminales de gran dimensión. *Macrocriminalidad política* significa, por tanto, en sentido *restringido* “criminalidad fortalecida por el Estado, terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental. Aquí se trata siempre de criminalidad “estatal interna”, orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos” (Kai Ambos, La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una

elaboración dogmática, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, pág.45).

Por otra parte, en cuanto al “ataque generalizado o sistemático” el elemento “ataque” describe una línea de conducta (*course of conduct*) en el que se deben integrar los hechos individuales. Esta línea de conducta debe implicar la “comisión múltiple” de los actos mencionados en el art. 7.1 del Estatuto de la CPI (“línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos”). La comisión múltiple conlleva menos exigencias que el ataque “generalizado”. Una comisión múltiple existe tanto cuando se cometen distintas alternativas típicas. Para ello no se requiere que el mismo autor actúe en todos los casos. Más bien, un único asesinato (*single act*) puede ser constitutivo de un crimen contra la humanidad cuando este hecho individual forme parte de la relación funcional de conjunto. Un ejemplo muy plástico se encuentra en la denuncia de un único ciudadano judío ante la Gestapo que se encuentra en relación funcional de conjunto con la exclusión de los judíos alemanes. No es necesario un ataque militar para que exista un hecho global, como expresamente surge de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la CPI: “no es necesario que los actos constituyan un ataque militar”. Tampoco es necesario el ejercicio de la violencia contra la población civil (Werle, op. cit., pág.360, 361).

Dice Dal Maso que “*Para ser un crimen de lesa humanidad se necesita de una gran escala de violaciones, pero una fracción de esas violaciones también implica en su comisión (hasta misma fracción de un crimen, como el de desaparición forzada de personas). Ese es un punto esencial en el momento de la implementación: la concepción general no puede evitar la represión penal concreta. Por “sistemático” entiéndese el ataque constituido, al menos en parte, por actos cometidos por una política o un plan, o por una práctica repetida por un período de tiempo” .....“Sobre la implementación, en general los Estados no tienen una cláusula contextual como lo previsto por el*

*Estatuto de Roma...””Evidentemente puede haber algún tipo penal interno que tenga alguna cláusula que indique un contexto más amplio de violación de los derechos humanos, como lo es el caso de la causa de aumento de la pena previsto en el Art. 58, párrafo 3 del Código colombiano, que establece mayor punición para homicidios motivados por movimientos de intolerancia o discriminación” .”Creo que para las conductas inseridas en el contexto de los crímenes de lesa humanidad los Estados deben tipificarlas con y sin la cláusula del Estatuto. Obviamente que los ordenamientos jurídicos deben prever como tipos penales el homicidio, la tortura, la esclavitud, la tortura, las desapariciones forzadas etc. sin la necesidad de tales conductas hacer parte de un contexto de ataques generalizados o sistemáticos en contra la población civil”* (Tarciso Dal Maso Jardim, La Tipificación de los Crímenes de Genocidio y de Lesa Humanidad en el Derecho Doméstico, La Corte Penal Internacional; Una visión Iberoamericana, Ed. Porrúa, Mexico, 2005, págs.913 y sgs.)

Como podrá verse, la compleja acción típica de la Desaparición Forzada, se precisa mediante su descripción acabada en los Elementos de los Crímenes, y allí puede verse que la hipótesis omisiva está contenida en esos Elementos. Dice Werle que desde un punto de vista objetivo el tipo diferencia dos alternativas de actuación: la privación de libertad y la negación de la información.

Como confirmación de ello, podemos examinar los “Elementos de los Crímenes para el art. 7.1.i) del Estatuto de la CPI: “Que el autor a) Haya aprehendido, detenido (nota 25: La palabra “detenido” incluirá al autor que haya mantenido una detención existente) (nota 26: Se entiende que en determinadas circunstancias, la aprehensión, o la detención pudieron haber sido legales) o secuestrado a una o más personas; o b) Se haya negado a reconocer la aprehensión o la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas. 2.a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa

*de reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o paradero de esa persona o personas; o b) tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad. 3. Que el autor haya sido consciente (nota 27: Este elemento incluido a causa de la complejidad de este delito se entiende sin perjuicio de la introducción genérica a los elementos de los crímenes): a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas (nota 28: Se entiende que, en el caso del autor que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba, se daría ese elemento si el autor fuere consciente de que esa negativa ya había tenido lugar) o b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad. 4) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia. 5) Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo. 6) Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.*

Estos elementos de los crímenes, que complementan las definiciones del Estatuto, fueron fruto de negociación y, en el caso de la Desaparición Forzada de Personas, su inclusión como crimen contra la humanidad obedeció a las políticas de desaparición forzada de personas llevadas a cabo en Latinoamérica, recogiendo la Convención de 1994. En las sesiones de Roma se impuso la tesis de regular la desaparición forzada de personas como un crimen contra la humanidad autónomo, diferenciándolo de la privación de libertad, u otras modalidades de crimen contra la humanidad.

Las definiciones del artículo 21, cuya aplicación se pretende, tanto en su hipótesis comisiva como omisiva, se adecuan pues a los Elementos de los Crímenes del Estatuto

de la CPI para el artículo 7.1 i). También se debe clarificar el concepto de “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, que se extrae de los mismos Elementos de los Crímenes (introducción genérica). La comisión de estos actos de desaparición forzada que se investigaron en autos, encuadrados en el Terrorismo de Estado que imperó en la región son, pues, delitos de lesa humanidad y como tales han de ser juzgados.

En mérito a lo expuesto, solicito:

1.- Tenga por evacuado en tiempo y forma el traslado conferido.

2.- Mantenga la interlocutoria recurrida y se sirva elevar los autos al Superior, ante quien deja formulada similar petición.