

Sentencia No. 1501

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE RUIBAL PINO

Montevideo, seis de mayo de dos mil once

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "**GAVAZZO PEREIRA, JOSÉ NINO Y ARAB FERNÁNDEZ, JOSE RICARDO**, POR VEINTIOCHO DELITOS DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADOS, EN REITERACIÓN REAL. CASACIÓN PENAL", FICHA 98-247/2006.

RESULTANDO QUE:

I.- Por sentencia definitiva N° 1, de fecha 4 de febrero de 2010, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno, confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 9.252-9.317).

II.- La sentencia confirmada, N° 36, del 26 de marzo de 2009, dictada por el Señor Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Decimonoveno Turno, había fallado: "Condenando a José Nino Gavazzo Pereira y a José Ricardo Arab Fernández como autores responsables de veintiocho (28) delitos de homicidio muy especialmente agravados, a la pena de veinticinco (25) años de penitenciaría, para cada uno de ellos, con descuento de las preventivas cumplidas, y de sus cargos las obligaciones que impone el literal e) del artículo 105 del Código Penal. Si no fuera recurrida en el plazo legal, elévase en

apelación automática al Superior que por turno corresponda con las formalidades de estilo" (fs. 8.976-9.045).

III.- La Defensa de José Nino Gavazzo Pereira, interpuso recurso de casación, invocando errónea interpretación y aplicación del derecho, en cuanto a la existencia de infracción de la ley penal en el fondo y en la forma. Fundando sus agravios, sostuvo en síntesis que:

El Tribunal estimó errónea-mente que la Ley No. 15.848 no constituía una amnistía, lo que no era compartido por la Defensa, quien entendió que el hecho que la Ley conocida como de "Caducidad de la pretensión punitiva del Estado" no diga textualmente que era una amnistía, no conllevaba a que por ese mero hecho no lo fuera, pues no se trataba de una cuestión formal sino sustantiva. La Ley No. 15.848 era una amnistía más allá de meras expresiones semánticas, pues había cumplido con los requisitos formales y materiales exigidos, conformando conjuntamente con la Ley No. 15.737 "un paquete", en donde se concedían las amnistías. En tal sentido, debía aplicarse como tal, inhibiendo el delito y haciendo cesar la pena pendiente. Asimismo, destacó que dicha ley fue sometida a dos referéndum con décadas de diferencia y en ambas oportunidades la ciudadanía se manifestó claramente a favor de preservar su vigencia.

En la sentencia se incurrió en error al rechazar la postura de la Defensa, que había operado de pleno Derecho la prescripción de los eventuales delitos imputados, de conformidad a lo dispuesto en el art. 117 del C. Penal. El legislador había fijado un cierto lapso para la acción penal y la aplicación de la pena, el que una vez transcurrido desvaneció la posibilidad de ejercer la acción o de penar. Agregó que en la sentencia N° 332 la Suprema Corte de Justicia, expresó que la Ley No. 15.848 consagró una indudable voluntad explícita y preceptiva del legislador de disponer la caducidad de la pretensión punitiva del Estado para los delitos que enumera, cometidos en el período de facto, es decir, que el poder-deber del Estado de juzgar determinados delitos se había extinguido, con efectos idénticos a una amnistía.

En el caso de marras, era claro que la prescripción en debate era la concerniente al delito y no a la pena. En la medida que el Tribunal concluyó que el plazo de prescripción comenzó a computarse a partir del 1° de marzo de 1985, y como era dable concluir que habría de ser harto dificultoso suponer que en tiempos de quebranto institucional se pudieran proseguir causas penales contra militares en actividad, también se debía tener presente que Gavazzo se vio forzado a solicitar su retiro en agosto de 1978, por diferencia con la Comandancia del Ejército, quedando fuera de la actividad militar, no

gozando de privilegio alguno. Como lo indicó la Sala, si no había razón para desestimar el tiempo transcurrido entre 1975 y 1985, tampoco había razón para desestimar el transcurso del tiempo de quien se retiró en 1978. Había operado la prescripción del delito de homicidio, aún considerando el comienzo del plazo en el 1° de marzo de 1985, pues ya habían transcurrido dos décadas.

No se compartía el razonamiento del Tribunal, en cuanto a que su defendido revestía la calidad de peligroso, por una supuesta actividad delictiva del tiempo de la dictadura, y que por tanto, ante esa peligrosidad, los eventuales delitos de homicidio no habían prescrito. Para arribar a tal conclusión, la Sala esgrimió que la peligrosidad se dio en el momento del delito y que el pasaje del tiempo no debía alterar esta valoración, cuando la peligrosidad, en realidad era un pronóstico respecto de una persona, que se estima que en el futuro, pueda realizar una conducta penalmente transgresora. En lo que concernía a su defendido, se trataba de una persona de 70 años de edad con varias afecciones importantes que lo limitaron seriamente, según consta en autos, al punto de haber sido internado en varias oportunidades desde que estaba recluido. Era impensable que, sin poder militar, con problemas graves de salud y septuagenario, pudiera connotar ni siquiera el más mínimo grado de peligrosidad. Si bien el justiciable no perpetró

ninguna de las conductas que se le pretendían atribuir, aunque las hubiera perpetrado, Gavazzo no revestía ningún tipo de peligrosidad. Por ello, no cabía elevar el plazo de prescripción, aplicando el artículo 123 del Código Penal, en virtud que resultaba concluyente que una persona al borde de los setenta años, retirado de la actividad militar y sin mando de especie alguno, pueda revestir la dudosa y controvertida calidad de peligroso.

En cuanto a la valoración probatoria, invocó que existió error "in procedendo", al advertir que existieron varias contradicciones en las declaraciones de los testigos y de los denunciantes en los procesos, tanto en Uruguay como en el extranjero. Se dio por sentado, que existió un segundo vuelo, sin que existiera prueba de ello y cuando por el contrario había quedado acreditado en autos que merced a la intervención de Gavazzo, se habían salvado más de veinte vidas de una casi segura muerte en Argentina. Igualmente se incurrió en un importante error en la interpretación del derecho, al no haberse acreditado el nexo causal entre la muerte de las personas referidas en autos con la conducta del enjuiciado, por lo que no se le podía imputar el delito de homicidio, al no surgir del expediente que existían cadáveres, ni probar que su defendido diera muerte o haya sido partícipe del delito imputado.

En, suma, entendió la Defensa que el tipo penal de homicidio ni ningún otro, podía ser imputado a su defendido, en virtud que todo eventual delito había prescripto (fs. 9.323-9.340).

IV.- La Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno, interpuso recurso de casación, agraviándose respecto a la calificación delictual realizada, indicando en lo medular que:

El Tribunal debió aplicar al caso la figura de la Desaparición Forzada consagrada en el art. 21 de la Ley No. 18.026 y no la del Homicidio muy especialmente agravado (art. 312 del C. Penal). Al rechazar la figura de la Desaparición Forzada se incluyó el descarte de mayor profundidad en el debate teórico, en función de lo dicho por el Tribunal, de que "todos los desaparecidos han fallecido", presunción que fue erróneamente manejada a los efectos de variar la tipificación. Sostuvo que era cierto que, en las actuales circunstancias, podía pensarse que la suerte corrida por las víctimas fue la muerte, pero la afectación a diversos bienes jurídicos marca la disimilitud de situaciones. La Desaparición Forzada era un delito pluriofensivo y un crimen de lesa humanidad, y como tal suponía un crimen de Estado.

Los hechos imputados en el expediente, se adecuaban a la figura delictual de Desaparición Forzada, y como tal debía de ser considerado

delito permanente de conformidad, no sólo con el texto del art. 21 de la Ley No. 18.026, sino con 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.

Siguiendo al Dr. Teitelbaum indicó que: "debe considerarse que con la desaparición forzada se violan una serie de derechos humanos, a la vida, la libertad, en su sentido más amplio, porque al desaparecido se le niega el ejercicio de todos y cada uno de sus derechos como persona, a la seguridad y a la integridad física y psicológica". Por más que cualquier juez supusiera o diera por probado, que todos los desaparecidos seguirán siendo tales, se seguirá reclamando por ellos mientras perviva su memoria en la sociedad, sus restos se seguirán buscando en cuarteles, en cementerios, en canteras, y mientras tanto, la situación de esas personas será de desaparición forzada. El Estado argentino y el uruguayo así los ha declarado, civilmente son ausentes, por desaparición forzada, no se los declaró muertos. El derecho no puede desconocer la significación de ese fenómeno. La desaparición forzada es un delito que continúa perpetuándose mientras no aparezca la víctima,

viva o muerta, dado que la privación de sus derechos fundamentales se mantiene, y como delito continuado no era posible empezar a contar el término de prescripción hasta que aparezca la persona o su cadáver.

Analizando la normativa de base internacional sobre Derechos Humanos, consideró que el Principio de legalidad y su correlato, la no aplicación retroactiva de la Ley Penal, no se veía soslayado, con la imputación de figuras penales que al momento de acontecidos los hechos no eran recogidos en los distintos ordenamientos jurídicos, aunque sí en el ámbito internacional. Al respecto señaló que el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que 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 era pasible de ser reconocida en el giro utilizado en el artículo 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 podía tener otro objeto que el de habilitar el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como delictivos conforme a

los principios generales de derecho internacional, aún cuando dichos ilícitos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional. La ausencia de un tipo penal de Desaparición Forzada en la legislación nacional no era óbice para condenar a los partícipes de actos de tal naturaleza, siempre que esta conducta ya estuviese considerada delito por el derecho internacional. Conforme al derecho internacional Art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 9 Convención Americana sobre Derechos Humanos se podía concluir la posibilidad de investigar, juzgar y condenar delitos de tal naturaleza, sin violar la ley penal o en virtud de la excepción al principio de la irretroactividad, aún cuando al momento de cometerse los mismos, no fuesen considerados delitos según la legislación nacional.

Sostuvo que, a la luz de los innumerables Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos establecidos con posterioridad a la creación de Naciones Unidas, los tipos penales debían ser interpretados en clave de víctimas o, si se quiere, desde la perspectiva de éstas.

A partir de la idea de que las conductas alcanzadas por el actual art. 21 de la Ley No. 18.026 se encuentran prohibidas desde hace más de cincuenta años por el Derecho Penal Internacional, siendo

de esta forma una norma de general aplicación para todos los Estados integrantes de la comunidad internacional, consolidándose como norma de jus cogens internacional.

Respecto del agravio referido a la prescripción de la acción y aplicación del artículo 123 del Código Penal, señaló que el delito de Desaparición Forzada trata de crímenes contra la humanidad y, como tales, resultan imprescriptibles. El concepto de crímenes contra la humanidad no era de reciente elaboración, sino que se retrotraía a la Carta del Tribunal Militar Internacional que funcionó en Nürenberg y el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, donde se definieron los actos que se consideraban crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, clasificándolos en tres categorías: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad. Las fuentes del Derecho Internacional imperativo que enumera, consideran aberrantes la ejecución de ciertas clases de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos. Por lo tanto, era posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados, un orden normativo -formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional- que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del

Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuaba a los principios tradicionales de los Estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes.

En definitiva solicitó que se anule la sentencia del Tribunal en cuanto atribuyó a los imputados 28 delitos de Homicidio muy Especialmente Agravados, en lugar de 28 delitos de Desaparición Forzada de personas y, en tanto estimaba que los hechos delictivos perpetrados en autos no están sujetos a prescripción, por que se tratan de crímenes de lesa humanidad (fs. 9.341-9.373).

V) A fs. 9.374 y ss. interpuso recurso de casación la Defensa de José Ricardo Arab, sosteniendo que el Tribunal incurrió en errónea aplicación de los artículos 117, 119, 123, 310 y 312 del C. Penal, arts. 1 y 3 de la Ley No. 15.848, y al fundar el recurso sostuvo en síntesis que:

Existió errónea aplicación del art. 312 del C. Penal, cuando los hechos probados no refieren de forma alguna al acontecimiento "muerte", sino al destino desconocido de las supuestas víctimas que también son desconocidas. El proceso no trató de la muerte de las supuestas víctimas, sino de la fatal noticia a su respecto y por ende la actividad procesal no se dirigió a producir prueba en ese sentido. Si bien era razonable la

conclusión que las personas desaparecidas estaban muertas, extremo que ha sido plasmado como "hecho notorio", de tal conclusión no se podía extraer de forma alguna elementos que permitan adjudicar responsabilidades. Una cosa es que se arribara intelectualmente a la conclusión de la muerte como un hecho notorio y, otra distinta, era que la misma resulte probada y con las exigencias requeridas en un proceso penal y formal que permita imputar responsabilidad concreta. La muerte de las personas señaladas, no formó parte de la plataforma fáctica que se tuvo por probada y, en ese sentido, no se ha producido prueba hábil ante el juez, pues el tipo penal homicidio exigía al menos una víctima muerta e identificada. De ninguna de las conductas atribuidas a Arab surgía la acción típica de haber dado muerte, con intención de matar en determinados circunstancias que la hacen más grave, extremo que ninguno de los Sres. Magistrados ni la Sra. Acusadora afirmaron. En definitiva en la especie no se configuraron ninguno de los extremos típicos constitutivos del delito de homicidio muy especialmente agravado por el que se condenó, deviniendo su imputación única y claramente de una aplicación errónea del derecho.

Además, indicó que existió errónea aplicación del artículo 123 e infracción a los artículos 117 y 119 del Código Penal, cuando había operado la prescripción de los delitos que pudieron haberse

cometido antes del año 1976. Los hechos que se trataban en el presente expediente pudieron ser denunciados ante el Poder Judicial competente y podría incluso afirmarse que existió el impedimento alegado, a partir de la constatación de la presentación de denuncias en aquella época que hubieran concluido con el archivo del expediente o la destitución del Sr. Fiscal o del Juez que hubiera pretendido actuar. Sin embargo tal hipótesis no fue prevista en autos, no fue probado ni alegado y, las consecuencias de la inacción del Estado, sea por la circunstancia que sea, no podía ni debía ser soportada por el justiciable, en ningún caso. Aún, sosteniendo la tesis de la suspensión del plazo de prescripción durante la dictadura, el mismo ha transcurrido largamente desde el 1º de marzo de 1985 a la fecha de inicio de las actuaciones, que se verificó en el año 2006, es decir a 21 años cumplidos.

Tampoco resultaba de aplicación la extensión del plazo prevista en el artículo 123 del Código Penal, por cuanto consideró que difícilmente se podía sostener que Arab, quien había convivido en sociedad, desde 1978 en su condición de civil, sin representar peligro alguno para ningún conciudadano, sin causar mal alguno, desarrollando una vida normal y pacífica, se perfiló a los ojos de persona alguna, como un individuo peligroso. Discrepa, con la posición de peligrosidad

sostenida por el Tribunal al respecto, porque la misma implicaba "congelar" la personalidad humana en sus múltiples manifestaciones, a una de ellas, en un momento y circunstancias determinadas, obviando la consideración integral del individuo en todas sus expresiones naturales. En igual sentido, era necesario señalar que la peligrosidad de un sujeto se evidenciaba a lo largo del tiempo, y no derivaba únicamente de la comisión de injustos, por lo tanto era atinado, y una interpretación integral del ordenamiento jurídico lo permite, considerarla durante todo el transcurso del lapso de prescripción, y no limitado a uno y otro momento, en forma independiente de la reincidencia. El legislador diferenció claramente al sujeto reincidente, que no necesariamente era peligroso, y al peligroso que no necesariamente era reincidente, por lo tanto, ambas condiciones podían y debieron ser observadas en el momento actual, única opción del Juez, durante el transcurso del plazo de prescripción.

Se agravió, igualmente, porque se desconoció que cualquier delito que pudiera haberse cometido en relación a los hechos que ocuparon el presente expediente, fue extinguido por amnistía, consagrada en la Ley No. 15.848. Las presentes actuaciones fueron incluidas en la hipótesis de amparo de la ley con anterioridad a la tramitación de este expediente, amparo que no podía ser revisado y al que se le reconoció "fuerza

de cosa juzgada". Cualquiera fuera el instituto jurídico que se quisiera encontrar en la Ley No. 15.848, su efecto era la despenalización de los hechos de que se trata, efecto que para los hechos que ocupan la causa, ocurrió hacía ya largo tiempo, por lo que la condena recaída devenía contraria a derecho. Encuadrada, entonces, como una ley de amnistía, no se podía concluir en otra cosa que la extinción absoluta de los delitos a los que se refiere. El fallo fue determinado con violación de normas y principios de derecho elementales que constituyen garantías de los derechos de todos los justiciables, a partir de la aplicación de un derecho de autor, se desconoció las acciones del individuo a favor de su estado (sic).

Solicitó que, en definitiva, se revoque la sentencia impugnada respecto de José Ricardo Arab.

VI.- Por Resolución No. 740, de fecha 14 de abril de 2010, la Suprema Corte de Justicia dio ingreso al recurso interpuesto y confirió los respectivos traslados por el término legal (fs. 9.399)

VII.- Que se evacuaron los traslados conferidos y conferida vista al Sr. Fiscal de Corte, la misma fue evacuada por Dictamen No. 2025/10, aconsejando, por los fundamentos que expuso, se rechacen los recursos de casación interpuestos, ya que la sentencia no causaba nulidad (fs. 9.386-9.400).

VIII- Pasados los autos a estudio por su orden, se acordó sentencia en legal forma.

CONSIDERANDO QUE:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus integrantes, desestimará los recursos de casación interpuestos, al no advertir infracción o errónea aplicación de la norma de derecho aplicable al caso, que permita arribar a la conclusión casatoria que se pretende.

Por el contrario, la Corporación considera ajustado a derecho y comparte los claros y sólidos fundamentos desarrollados en la sentencia de segunda instancia, por lo que ratificará íntegramente la sentencia recurrida.

En tal sentido es de señalar, que en virtud de la coincidencia de la mayoría de las causales casatorias ejercitadas por las Defensas y a los efectos de un mejor ordenamiento de sus fundamentos, se analizarán en forma conjunta.

II.- En relación al agravio que giró en torno a la Ley No. 15.848, se comparte el marco teórico y la conclusión a la que arribó la Sala, en cuanto a que la Ley No. 15.848 no consagró una amnistía.

La figura de la Amnistía, tal como lo señaló el Tribunal, citando las enseñanzas IRURETA GOYENA, "... es una facultad del Poder Legislativo, reviste

carácter colectivo y hace desaparecer el delito y la condena. Con la amnistía, se extingue no solamente la acción penal, sino la potestad represiva misma, con respecto a un hecho determinado; de manera que aún impuesta la condena a un sujeto, ésta debe cesar con todos sus efectos. Ahora bien, la acción penal es pública, es decir, debe ser ejercida de oficio por los órganos del Estado y esta forma de acción constituye la regla. El principio de legalidad implica que el órgano encargado del ejercicio de la acción no puede dejar de ejercerla, toda vez que concurren los presupuestos de la misma. Por consecuencia, con lo expuesto, se quiere poner de manifiesto que, en atención a los principios vistos, esta causa de extinción del delito (o la pena) debe interpretarse restrictivamente, porque la regla es la vigencia plena de los principios señalados, con el consiguiente poder-deber de los órganos competentes de investigar y juzgar las conductas delictivas. La Ley No. 15.848 no dice, literalmente, ser una amnistía, sino que se trata de una caducidad de la pretensión punitiva del Estado; caducidad que no opera de pleno derecho" (fs. 9.282).

En similar sentido, la Corte con su actual integración se ha pronunciado en Sentencia No. 365/2009, en términos que resultan perfectamente trasladables al presente, por considerar que la Ley No. 15.848 , no concedió la amnistía invocada por las Defensas.

Así, haciendo referencia a las históricas discordias de los Ministros Dres. Jacinta Balbela y Nelson García Otero emitidas en las Sentencias de la Corte Nos. 184, 224, 226 y 232/1988, indicó que: "...Ningún acuerdo político ni la lógica de los hechos subsiguientes cuenta con previsión constitucional que autorice a desconocer lo que establecen los arts. 4o. y 82 de la Constitución como principio fundamental de nuestra organización democrática".

"Ningún acuerdo político ni su consecuencia lógica puede investir la representación original o delegada de la soberanía y, por lo tanto, resulta absolutamente inidóneo para emitir norma jurídica válida, vigente o aceptable".

"Como enseña Jiménez de Aréchaga, la Asamblea General, en concurrencia con el Poder Ejecutivo, sigue siendo el único órgano de legislación, sin que la Nación retenga, en absoluto, una parte de ese poder. De esta forma, cuando el art. 1o. de la Ley No. 15.848 reconoce otra fuente de normativa jurídica, se aparta ostensiblemente de nuestra organización constitucional".

"Si bien es cierto que la Asamblea General puede conceder indultos y acordar amnistías en casos extraordinarios (art. 85 nral. 14 de la Constitución), a juicio de la Corte, esta Ley no es ni una cosa ni la otra".

Sosteniendo más adelante que:

“Desde otra óptica, si se entiende que la Ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía, declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. En efecto, declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los jueces, por lo que, por los motivos que fueren, el legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos”.

Por las razones expuestas ampliamente en el referido pronunciamiento, la Corporación, considera que la Ley No. 15.848 no consagró una amnistía para los funcionarios policiales y militares durante el gobierno de facto, compartiendo los extensos y enjundiosos argumentos vertidos por el Tribunal.

III) Otro de los motivos de agravio refirió a la prescripción, sosteniendo las Defensas que había operado la prescripción de los delitos, en tanto se debía computar en el término prescripcional, el tiempo transcurrido durante el gobierno de facto.

El mismo es de franco rechazo, dado que tal como lo destacaron los magistrados y el Fiscal de Corte, si el titular de la acción penal, el

Ministerio Público, estaba impedido de ejercer su poder-deber, no le pudo correr el plazo de prescripción.

En cuanto a los fundamentos que sustentan que si no se computó para la prescripción el lapso hasta marzo de 1985, tampoco corresponde aplicar a los enjuiciados a partir de esa fecha, la adición del tercio previsto por el artículo 123 del Código Penal, el mismo no podrá prosperar. En la medida que de acuerdo al concepto de peligrosidad, que como enseña BAYARDO, refiere "...situación de estado de una persona que haya cometido un hecho previsto por la ley como delito, o que ha realizado una conducta que ha sido prevista expresamente en la ley penal -bien que sin ser delito- bajo el influjo de condiciones de cuyo estado es probable que recaiga en la actividad delictuosa, o la realice en el futuro..." (Tratado..., tomo III, pág. 170).

En lo que hace al concepto de peligrosidad, Irureta Goyena, indicó que "...el acto no significa más que la manifestación de la actividad del agente, en un momento psicológico concreto, productora de un determinado daño o riesgo, objetivamente considerado...". "...El elemento físico del delito - resume Florian- no tiene un significado por sí mismo, autónomo, sino que debe entenderse más modestamente como signo y manifestación de la personalidad y de la peligrosidad del delincuente, en función de tal. El

delito es un hecho que revela al hombre: dentro del hecho se encuentra el hombre. El hecho, por tanto, debe considerarse en relación al sujeto..." (JIMÉNEZ DE ASÚA, tomo III, pág. 352 y ss.).

Como lo señaló la Sala, "...los delitos castigados con penas más gravosas, reflejan el daño producido, y, llevan insito un período de prescripción mayor; incluyéndose, también, en dicha categoría, a los delincuentes reincidentes, habituales y a los homicidas. En efecto, perpetraron homicidios múltiples (cuatro personas), cuyas víctimas, previamente, fueron privadas de libertad, con la finalidad de darles muerte, por motivaciones políticas, lo que materializó un hecho "...en sí mismo grave...", y, por ello, comprendido en la norma indicada. Si un asunto, con estas características, no ingresa en la previsión legal, difícilmente, se podría pensar en algún otro".

En suma, trasladando dichos conceptos a la causa, se advierte que de acuerdo al material probatorio incorporado en obrados, ha quedado debidamente acreditada la intervención de los enjuiciados en la coordinación represiva, secuestro, tortura y veintiocho homicidios en calidad de muy especialmente agravados, de ciudadanos uruguayos, hechos gravísimos que reflejan en definitiva el alto grado de peligrosidad de los

mismos, por lo que se impone, como lo entendió el Tribunal el incremento legal previsto en el art. 123 del C. Penal.

IV.- En cuanto al agravio fundado en errónea valoración probatoria, en virtud de la terminante prohibición contenida en el inciso 2° del art. 270 del C.P.P., resulta de rechazo.

Cabe recordar, que en forma constante la Corte ha sostenido que en el ámbito de casación no es posible volver a discutir los hechos dados por probados en la sentencia, según lo dispone el art. 270 C.P.P. En sentencia No. 135/05 se expresó que: "El art. 174 del C.P.P, consagra a los efectos de la valoración de las probanzas el sistema de la sana crítica, otorgándosele al Magistrado la libertad de apreciar la eficacia persuasiva de la prueba, teniendo como único límite que el juicio sea razonable, adecuado a las Leyes de la lógica y debidamente explicitado, de forma de permitir el control de su logicidad (Sent. No. 126/07).

No obstante, la sinrazón del cuestionamiento, atendiendo a la valoración del cúmulo de probanzas a la luz de la sana crítica de conformidad a lo edictado por el art. 174 del C.P.P., la Corte coincide con el tratamiento que hizo la Sala de la participación de los encausados bajo el título de responsabilidad previsto en el art. 312 del C. Penal.

En otro orden, la defensa de José Arab sostuvo que el fallo dictado en autos se basó en un sustrato fáctico diferente al tomado en cuenta por el Ministerio Público y Fiscal al deducir su acusación. En ese sentido, señaló que se evaluaron dos plataformas fácticas diferentes, excluyentes entre sí, que encuadran en hipótesis delictivas diversas, dado que mientras que en el homicidio se requería la prueba de la muerte, en la desaparición forzada, se desconocía si la víctima estaba viva o muerta.

Sobre el punto, cabe recordar que si bien el Juez no puede condenar por hechos no contenidos en la requisitoria fiscal, base del principio acusatorio (art. 22 de la Constitución), en el sublite, no se puede soslayar que al deducir acusación, la titular de la acción penal, claramente manifestó que si se consideraba que los hechos investigados no encartaban en el delito de Desaparición Forzada, si podrían encartar en la figura del Homicidio muy especialmente agravado (fs. 8.141 vto.) .

Dicha circunstancia excluye la imputación de transgresión del principio acusatorio formulada por la citada defensa, en el bien entendido que la figura del Homicidio muy especialmente agravado, estaba contenida en la acusación, no correspondiendo entonces considerar que se vulneró la facultad de controvertir y

ofrecer prueba a fin de desvirtuar el fundamento de la pretensión.

Atento a lo expresado y teniendo en cuenta la prueba incorporada a la causa respecto de Gavazzo y Arab, como lo indicó la Sala resulta, "francamente agobiante en su capacidad incriminatoria", el resultado muerte de las víctimas cuyo homicidio se imputó a los encausados, es consecuencia ineludible de la acción desarrollada por éstos, en el marco de la política adoptada al respecto, compartiendo la Corte íntegramente la valoración efectuada, tanto por el Ministerio Público al acusar, como por los magistrados al sentenciar.

V.- Por último, en cuanto al recurso interpuesto por el Ministerio Público, referido en lo sustancial al error padecido en la calificación delictual en que habría incurrido el Tribunal, al tipificar los hechos punitivos como Homicidio muy especialmente agravado, cuando hubiera debido aplicar la figura de la Desaparición Forzada, no resulta recepcionable.

La Corte, coincidiendo con el Tribunal entiende que la figura no resulta aplicable, en virtud que el delito de Desaparición Forzada, fue creado por el artículo 21 de la Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría

en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15 inc. 1 del Código Penal y a los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal.

En la medida que ello, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. 1. del C.P., que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es ley nacional (No. 15.737) y que literalmente expresa que: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

En doctrina se ha expresado que: "... la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la Carta. Asimismo, está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución... (Alberto Ramón REAL, "Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya", Montevideo, 1965, pág. 53).

En igual sentido opinan JIMÉNEZ de ASÚA y JESCHECK. Dice el primero que la no retroactividad de la Ley primitiva y la extra actividad de la Ley más favorable es máxima de Derecho Constitucional, que se deduce de la regla unánimemente reconocida de que los hombres deben ser juzgados y condenados por "Ley anterior a su perpetración" (Cf. "La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal", Ed. Hermes, 1954, pág. 165).

Jescheck, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica ("...Tratado de Derecho Penal. Parte General", Ed. BOSCH, Barcelona, vol. 1, pág. 184) (Sent. No. 70/97).

En las especiales circunstancias del caso, la Corte disiente con la posición de la Sra. Fiscal, que aduce que de acuerdo a lo previsto en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no existía conflicto alguno para aplicar en obrados el delito continuado de Desaparición Forzada. Pues, en la medida que el art. 28 de la Convención de Viena

establece que: "...Las disposiciones de un tratado no obligan 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". Y, en ese sentido, no existe en nuestro derecho norma alguna que consagre esa intención diferente de aplicar retroactivamente las mismas a las desapariciones no resueltas, en tanto las Leyes Nos. 17.894 y 18.596 refieren, la primera, a la situación de las personas cuya Desaparición Forzada resultó confirmada por el anexo 3.1 del informe final de la Comisión para la Paz, a los sólo efectos de la apertura legal de la sucesión del ausente (art. 1.037 C. Civil) y la segunda a la Actuación Ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985, a los sólo efectos reparatorios.

A su vez, tampoco se podría recurrir como también argumentó la representante del Ministerio Público a las normas del jus cogens, porque se coincide con el Fiscal de Corte que, es recién a partir de la ratificación de la Convención Interamericana del año 1995, que se podía sostener su vigencia, siendo de aplicación para hechos acaecidos hacia el futuro (fs. 9.398).

En mérito a que la figura de Desaparición Forzada constituye un delito creado contemporáneamente, la figura deviene inaplicable en autos, pues como lo señaló el Tribunal: "El principio de legalidad penal, comprende una doble garantía: por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa, dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (lex certa); y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley.

La jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que, la única fuente de producción de la ley penal en el sistema patrio, son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal, es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es, pues, granítico: nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale: esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de

benignidad y, además, expresamente consagrado, como se ha visto, en el Código Penal" (fs. 9.315).

En mérito a las consideraciones precedentes y a las normas enunciadas, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus integrantes,

FALLA:

DESESTÍMASE LOS RECURSOS DE CASACIÓN INTERPUESTOS, SIN ESPECIAL CONDENA PROCESAL. Y DEVUÉLVASE.

DR. DANIEL GUTIÉRREZ PROTO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE RUIBAL PINO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE OMAR CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE PARCIALMENTE,

sólo por cuanto entiendo que en el caso

DR. LESLIE VAN ROMPAEY
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

los imputados deben responder por el delito de desaparición for-

zada, sin que ello implique una flagrante violación al principio de irretroactividad de la ley penal, como lo entiende el Tribunal (fs. 9.308 vto.).

1.- El Tribunal esboza un embate crítico relativo a la aplicabilidad de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el jus cogens, abandonándolo abruptamente al afirmar categóricamente y en destaque, la innecesariedad de tal polémica, por cuanto existe coincidencia total entre sus integrantes en cuanto al hecho de que todos los desaparecidos han muerto (el destacado es del fallo, fs. 9.301 vto.).

La Sala recurrida entiende que la diferencia entre la privación de libertad (simple, por decirlo de alguna forma) y la desaparición forzada radica

en la incertidumbre (en negrita en la sentencia), es decir, no se sabe si la persona está detenida, dónde está y si está viva... No media incertidumbre acerca de que esas personas están muertas, al punto que hoy se rastrillan los cuarteles en busca de sus restos (fs. 9.310 vto.-9.311).

"El art. 21.3 dice que la permanencia cesa cuando se establezca el destino o paradero de la víctima... Su destino, su suerte, como dice la ley, no es una incógnita, no podrán ignorar detalles acerca de cómo y cuándo ocurrieron sus muertes, no se habrán encontrado sus restos, pero eso no habla de desaparecidos, sino de personas muertas de las que se ignora detalles de sus últimos días de vida, pero su destino se sabe. Si el destino se sabe, la permanencia cesó, la ejecución del delito terminó con décadas de antelación al dictado de la Ley No. 18.026, aún atendiendo al texto de la misma..." (fs. 9.311 vto.).

2.- Discrepo con la Sala recurrida en relación a la adecuación típica de la conducta de los imputados al delito de desaparición forzada.

3.- Trátase de un delito permanente, en el que, en virtud de la conducta voluntaria del agente, la consumación prosigue en el tiempo, dando lugar a un estado antijurídico duradero.

Y su persecución penal, aún cuando esta figura delictiva no estuviere incorporada a la

legislación nacional a la época del comienzo de consumación con la privación injusta de libertad de las víctimas, no resulta impedida por una aplicación estricta del principio de legalidad y el de irretroactividad de la norma penal, por cuanto el delito de desaparición forzada se sigue consumando en la actualidad, día a día, hasta la aparición de los cuerpos de quienes fueran ultimados por los agentes estatales.

A mi juicio, parece claro que la certeza, -en grado de creencia que descarta toda duda razonable-, de que los desaparecidos están muertos, no implica la inaplicabilidad del tipo delictivo de la desaparición forzada, por cuanto la pérdida de la vida no es excluyente, lógica ni razonablemente, de la incertidumbre ínsita en la desaparición. Las víctimas estarán muertas, pero igualmente continúan desaparecidas, por lo que el delito de desaparición forzada se sigue consumando hasta que no se conozca el paradero, el destino final, la ubicación de sus restos.

Como lo establece el art. 21 de la Ley No. 18.026, el delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Y reitero: el destino o paradero de la víctima no puede asimilarse conceptualmente a la constatación (y en esto la plataforma fáctica sobre que se

erige el fallo del Tribunal permanece incólume) de la muerte de las víctimas: el cese de la consumación opera cuando, partiendo de la premisa fáctica del deceso de los detenidos, aparecen sus restos mortales. Porque, aún muertas, las víctimas permanecen desaparecidas.

El deceso no tiene la virtud mágica de terminar con el estado de desaparición ni con la incertidumbre, angustia y sufrimiento permanente de sus familiares.

4.- Por lo demás, el delito de desaparición forzada es complejo y pluriofensivo, agrediendo bienes jurídicos de diversa naturaleza.

Como sostiene Grammer (Anuario Der. Const. Latinoamericano Konrad Adenauer ed. 2004 t. II p. 817,) dentro de la acción en este delito se pueden distinguir dos vertientes. La primera se dirige contra el desaparecido y consiste en privarlo de libertad. Junto con ésta interviene una segunda vertiente de la acción, dirigida contra terceros (personas cercanas al desaparecido, activistas de organizaciones humanitarias, jueces o miembros de cualesquiera organizaciones estatales o supraestatales que estén a cargo de la protección de los desaparecidos); consiste en que se mantengan secretas las informaciones relativas al desaparecido o se impida su búsqueda.

En cuanto a los bienes jurídicos que se ven afectados por las desapariciones forzadas el autor de la cita sostiene que en primer lugar la desaparición forzada lesiona evidentemente, el derecho a la libertad personal. Pero la afectación esencial del desaparecido no es la lesión a su libertad; la afectación esencial es la total puesta en peligro de su persona. Innumerables experiencias, especialmente en Latinoamérica (el caso que se juzga no escapa a esta afirmación) muestran que el desaparecido corre enorme peligro de ser víctima de una larga serie de lesiones de bienes jurídicos, en cuyo triste final se encuentra la eliminación de su persona, como se verifica en estos autos. Basta mencionar aquí, a modo de ejemplo, algunas de las lesiones que suelen amenazarlo: condiciones de vida inhumanas, tortura, violación y degradación del desaparecido, a un número o a un objeto.

La Corte Interamericana de DDHH también contempla la extensa situación de puesta en peligro del desaparecido cuando manifiesta: "la desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en

estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos" (casos Blake-Full, Bamaca-Velásquez).

"Esta puesta en peligro se sustenta en dos factores: primero, el hecho de que el Estado esté involucrado en lo sucedido, lo cual está vinculado con la intención de suspender la protección legal del desaparecido; segundo, la combinación metódica de ambos actos, es decir, de la privación de libertad y el ocultamiento de dicha privación de libertad. Esta concatenación lleva a una absoluta incertidumbre respecto del desaparecido, la cual caracteriza su situación de indefensión y desamparo, y con ello, la puesta en peligro de su vida.

5.- Estos dos pilares -la participación estatal y el proceder metódico- fundamentan la afectación esencial de bienes jurídicos del desaparecido: una puesta en peligro total. Pero ambos factores afectan al mismo tiempo a otros dos ámbitos.

En primer término, a las personas cercanas al desaparecido, fundamentalmente sus familiares más próximos. Estos se ven lesionados en su integridad personal, en particular en su estrecha relación personal. Tienen que asumir impasiblemente la desaparición sin rastro alguno de su ser querido; no pueden ayudarlo ni establecer contacto con él, mientras que el Estado por su parte no les

presta asistencia, e incluso en algunos casos les genera dificultades o los amenaza.

La Corte Interamericana de DDHH constata al respecto: *esta cuestión que plantea la Comisión, sólo puede ser examinada en relación con los familiares del Sr. Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigarlo.*

La CIDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegan a admitir en numerosos casos que la incertidumbre acerca de la suerte que haya corrido la persona querida, unida a la hostilidad del Estado hacia los familiares, constituye un "tratamiento inhumano" en el sentido del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y del art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ob. cit. p. 820-821) (caso Bamaca-Velásquez).

Además, ambos factores -es decir, el hecho de que se involucre el Estado con la intención de suspender la protección legal del desaparecido y la combinación metódica de la privación de libertad y de su

ocultamiento- producen la lesión de bienes jurídicos colectivos.

Mediante la desaparición forzada se logra una suspensión absoluta de los mecanismos existentes de protección del individuo. Jueces penitenciarios, por no decir el tercer poder estatal por completo, comisionados de derechos humanos e investigadores asignados, pero también mecanismos de protección al margen del derecho, como la prensa o la integración del desaparecido en su entorno social, su familia, su ambiente profesional o político..., todos estos mecanismos de protección ya no pueden asistir al desaparecido. Mediante la desaparición forzada se genera miedo y terror en toda la sociedad, que se ve a merced de tales métodos de opresión, sin ningún tipo de protección. Se lesiona así la seguridad pública.

6.- La desaparición forzada se caracteriza, asimismo, por el hecho de que el Estado, que tiene a su cargo la protección del individuo, está involucrado en el crimen. El protector se convierte al mismo tiempo en un autor alevoso e hipócrita. Esta circunstancia va más allá de la lesión de la seguridad pública: lesiona los fundamentos del Estado de Derecho en su totalidad. En tal medida, se podría hablar de lesión del bien jurídico Estado de Derecho, concebido éste como

aquello que justifica de manera indispensable la existencia del Estado (moderno).

7.- En resumen, se puede sostener que a través de la desaparición forzada se da lugar a una pluralidad de afectaciones de bienes jurídicos en tres niveles:

1o. El desaparecido se ve lesionado en su libertad personal y sobre todo se pone en peligro la totalidad de sus bienes jurídicos.

2o. Las personas cercanas se ven lesionadas en su integridad personal, en particular en su estrecha relación personal, lo que en ocasiones puede llevar incluso a un tratamiento inhumano.

3o. Y en cuanto a los bienes colectivos, mediante la suspensión de todos los mecanismos de protección del individuo se lesiona la seguridad pública, mientras que con la participación del estado en el crimen se lesiona el Estado de Derecho

Como sostiene la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Comercial de la Capital (Argentina) en sentencia del 9.12.85, los delitos que se han constituido objeto de ese proceso no sólo incluyen las figuras más graves previstas en el ordenamiento jurídico, sino que han sido ejecutadas en forma generalizada y por un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal.

Este modo de comisión favoreció la impunidad, supuso extender el daño directamente causado a las víctimas a sus familiares y allegados, totalmente ajenos a las actividades que se atribuían a aquellas e importó un grave menoscabo al orden jurídico y a las instituciones creadas por él.

8.- Por eso estimo que los hechos incriminados en autos no se ajustan típicamente a la figura delictiva del homicidio, en razón de que la singularidad de tal imputación no considera la multi-plicidad de bienes jurídicos lesionados, que no se limitan a la privación de libertad del detenido y a su ejecución clandestina, al vulnerarse los derechos de los familiares de las víctimas, a la convivencia civilizada en sociedad, a la seguridad jurídica y a las bases esenciales del estado de Derecho.

Como concluye Grammer (op. cit. p. 824) en un caso de desaparición forzada, el homicidio consiste precisamente en la concreción (demostrada) de la puesta en peligro para la vida que provoca la desaparición forzada. Sin embargo, en un caso así ambos delitos siguen estando en una relación de concurrencia ideal, pues si bien el homicidio doloso abarca la puesta en peligro del desaparecido, no incluye en cambio las lesiones de bienes jurídicos de las personas cercanas o las lesiones a la sociedad.

9.- Estimo desacertadas las consideraciones del Tribunal en el sentido de que la solución basada en un Derecho Internacional, en un derecho sancionador fundado sobre tales supuestos, implica que para castigar tan crueles crímenes como delito de desaparición forzada, es preciso renunciar, abdicar de los principios fundamentales que constituyen los cimientos del derecho interno del Estado liberal, o que el derecho excepcional que viola arbitrariamente el principio de legalidad condena a la inseguridad jurídica absoluta, porque es hijo de la costumbre internacional que convierte en pesadilla jurídica la certeza del derecho de los ciudadanos (fs. 9312, 9314 vto.), por los siguientes fundamentos:

9.a.- En primer lugar, el delito de desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad condenado por el derecho internacional de los DDHH, el derecho internacional humanitario, la costumbre internacional y el jus cogens desde hace más de seis décadas. Me remito en tal sentido, brevitatis causae, a la extensa y prolija enumeración de los instrumentos, Tratados, Pactos y Convenciones internacionales hecha por la Sra. Fiscal en sus sucesivas comparecencias, así como a las decisiones de la CIDH a que referiré infra.

9.b.- De no compartirse la precedente aseveración, o discrepar con su operatividad o "self executing", parece claro que bajo la tipificación que

se postula los imputados no son condenados por hechos que al momento de su comisión no resultaban incriminables por el derecho penal uruguayo.

En efecto, desde la inicial privación de libertad hasta la eliminación de los detenidos, pasando por las aberrantes prácticas de tratamientos inhumanos y degradantes, lesivos de derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, todos los referidos actos resultaban atrapados por figuras delictivas específicamente previstas en la legislación penal nacional.

Entonces, no se trata de castigar conductas penalmente indiferentes al momento de su comisión, sino de adecuarlas típicamente al reato que contemple más ajustadamente sus específicas características lesivas de la condición humana.

9.c.- No advierto en consecuencia qué garantías o derechos de defensa son vulnerados cuando no se juzga a los encausados por acciones u omisiones que no constituían delito al momento de su verificación.

9.d.- El carácter de delito de lesa humanidad y permanente de la desaparición forzada determina que el momento consumativo se posterga en el tiempo (se continúa cometiendo en la actualidad) hasta que se llegue a la verdad sobre el paradero o lugar donde se encuentran los cuerpos. Insisto en que los muertos aun están desaparecidos.

9.e.- La categórica discrepancia con la pretensión punitiva estatal, no parece compadecerse con la evolución de la jurisprudencia de los máximos tribunales de justicia y constitucionales de Iberoamérica.

Así, a modo de ejemplo, sin pretender realizar una enumeración exhaustiva, cabe citar el señero Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México del 29.6.2004, que decidió que "atento a las características de los delitos instantáneos, permanentes o continuos, y continuados, es dable concluir que el delito de desaparición forzada de personas que contempla el art. II de la Convención... es de naturaleza permanente o continuo, ya que si bien este delito se consuma cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino...

Ahora bien, tomando en consideración que conforme al principio de irretroactividad de la ley, las disposiciones contenidas en las leyes no deben aplicarse hacia el pasado, afectando hechos realizados o consumados antes de que aquellos entren en vigor, es inconcuso que tratándose de delitos de consumación instantánea la nueva ley no puede regir conductas o hechos

de consumación anterior, pues resultaría retroactiva, lo cual se encuentra prohibido constitucionalmente.

En cambio sí debe aplicarse la nueva normatividad sin incurrir en el vicio apuntado, a aquellos hechos constitutivos de delito continuo o permanente cuando, aunque hayan empezado a realizarse antes de que aquella entrara en vigor, se continúan cometiendo, esto es, se prolonguen después de su vigencia, en cuyo caso ésta será aplicable; tal es el caso del delito de desaparición forzada de personas que prevé la Convención mencionada, cuya naturaleza es permanente o continua, porque se consume momento a momento durante todo el tiempo en que el sujeto pasivo se encuentre desaparecido.

La S.C.J. mexicana agrega que la retroactividad operaría si se pretendiere aplicar el nuevo tipo delictivo (desaparición forzada) respecto de "desapariciones" cuya consumación ya cesó (cuando apareció el sujeto vivo o muerto) antes de su vigencia, lo que resulta congruente con el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna establecido en el art. 14 constitucional y con la naturaleza del delito permanente o continuo porque está impidiendo que se aplique a hechos pasados y no a aquellos que se cometen o se siguen cometiendo durante su vigencia.

El Tribunal Constitucional de Perú, con sentencias del 18 de marzo y 9 de diciembre de

2004, estableció que la garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de los delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quien en ese momento ejecute el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

“Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el art. III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. “...este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad respecto a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas... señaló expresamente que no se vulnera la garantía de la ley previa derivada del Principio de Legalidad Penal, en caso de que se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento para que se lleve a cabo el

correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en Sentencia del 10.8.07, dictaminó que "Nuestra jurisprudencia patria plantea que necesariamente debe existir, previamente, la tipificación de un delito para que una conducta sea castigada como tal. Sin embargo, la doctrina penal actualizada, desarrollando el principio de legalidad, ha aceptado que un comportamiento (acción u omisión) que no ha sido consumado en su totalidad puede ser tipificado como delito si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible. Ello ocurre con los delitos permanentes o continuados, en los cuales se señala que "si la nueva ley entra en vigencia mientras perdure la permanencia o la continuación, se aplicará en todo caso esta ley, sea o no más favorable, y queden sin sanción los actos precedentes".

Por tanto, compartiendo la premisa doctrinaria para dar operatividad al art. 45 de la Carta Magna, esta Sala precisa que si durante la privación ilegítima de libertad del sujeto pasivo el sujeto activo sigue negado a revelar la suerte o paradero de la persona privada de libertad o que se encuentra bajo ese estado, y a su vez, entra en vigencia en esa situación la tipificación legal del delito de desaparición forzada de personas, debe concluirse que los sujetos implicados en ese comportamiento

pueden ser juzgados y declarados culpables y responsables del delito de desaparición forzada de personas, sin que ello implique retroactividad de la ley penal, pues se trata de la aplicación de la ley que configura el delito inconcluso".

En reciente e histórica sentencia (7.7.09) la Corte Constitucional de Guatemala resolvió en relación a la desaparición forzosa, que "lo relevante en función de determinar si es penalmente perseguible dicha conducta, no es cuando empezó, sino si ha terminado de producirse".

Todos los momentos de su duración pueden ser considerados consumación, por lo que constituye una dilación o duración en el tiempo del estado mismo de la consumación. Cita en su apoyo a Cairoli (Der. Penal Uruguayo t. I, p. 152), quien sostiene que "...la continuidad en el tiempo inherente a tal acción ilícita permite que su comisión se prolongue hasta un momento posterior al inicio del ámbito temporal de validez del precepto que la regula, pese a haber podido tener origen en un momento anterior".

9.f.- El énfasis puesto en la singularización del delito pluriofensivo de marras que se reduce en la visión del Tribunal a la comisión del homicidio especialmente agravado, parece perder de vista que el tipo penal de desaparición forzada se integra, y de

manera relevante, por una conducta omisiva y ominosa: el silencio, la falta de información, el sistemático ocultamiento de la verdad.

Así, la Declaración sobre protección de todas las personas contra la desaparición forzada de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1992, establece en su art. 17 que todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos.

El silencio, el ocultamiento de la verdad y la mentira continúan prolongando en el tiempo el momento consumativo del delito que no cesa con la constatación de la muerte de los detenidos.

9.g.- Daniel O'Donnell (en Derecho internacional de los Derechos Humanos, publicación de la Oficina Regional para América Latina y El Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 129-130) sostiene que algunas veces la desaparición forzada es conceptualizada como una violación agravada del derecho a la vida, debido a las violaciones de otros derechos cometidos con el afán de perpetuar la impunidad de los autores, así como por las consecuencias que tiene la desaparición de una persona en los derechos fundamentales de otras, en particular de los familiares de

la persona desaparecida. Si bien esta apreciación es correcta en la mayor parte de los casos, es menester recordar que la desaparición no siempre entraña una violación consumada del derecho a la vida. La muerte de la víctima, como indica la última frase del art. 1.2 de la Declaración de la Asamblea General de la O.N.U. de 1992 no es elemento de la definición de la desaparición.

El preámbulo de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (1994) reafirma preceptos importantes de la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano, reconociendo en particular la desaparición como violación de múltiples derechos esenciales de la persona, como una afrenta a la conciencia del hemisferio y grave ofensa odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, contradicción de los principios y propósitos de la Carta de la O.E.A. y que cuando es practicada en forma sistemática constituye un crimen de lesa humanidad.

10.- Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Gelman v/ Uruguay, recogió las consideraciones del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de las Naciones Unidas (parágrafo 68), señalando que:

10.- Las desapariciones forzadas son actos continuos prototípicos. El acto comienza al momento del secuestro y se extiende por todo el período en

que el crimen permanezca incompleto, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o revele información pertinente sobre el destino o paradero del individuo.

2o.- Aunque la conducta viola varios derechos, incluyendo el derecho de reconocimiento de la persona ante la ley, el derecho a la libertad y seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, el Grupo de Trabajo considera que una desaparición forzada es un único y consolidado acto, y no una combinación de actos. Aún si algunos aspectos de la violación pueden haberse completado antes de la entrada en vigor del instrumento nacional o internacional relevantes, si otras partes de la violación aún continúan hasta que el destino o paradero de la víctima sean establecidos, el asunto debe ser conocido y el acto no puede ser fragmentado.

Por ende, cuando una desaparición forzada comenzó antes de la entrada en vigor de un Instrumento o antes de que el Estado específico aceptara la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición continúe después de la entrada en vigor o de la aceptación de la jurisdicción le dan a la Institución la competencia y jurisdicción para considerar el acto de la desaparición forzada como un todo, y no sólo los actos u omisiones imputables al Estado posteriores a la entrada en

vigor del instrumento relevante o de la aceptación de la jurisdicción.

La CIDH, en los fundamentos del fallo precitado (parágrafo 72 a 75) sostiene que es necesario reiterar el fundamento jurídico que sustenta una perspectiva integral sobre la desaparición forzada de personas en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsisten, bienes jurídicos protegidos por la Convención.

En una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, ésta permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad.

La desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.

La práctica de la desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su prohibición ha alcanzado carácter

de jus cogens (caso Goiburú, Chitay Nech e Ibsen Cardenas e Ibsen Peña, citados en nota 77).

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA