

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

CALIFICADOS COMO DELITOS “PERMANENTE”

Introducción

La justicia de la República Argentina ha solicitado por exhorto individualizado en la causa caratulada “Videla, Jorge Rafael y otros s/ Privación ilegal de la Libertad Personal”, causa N° 13.445/1999, se conceda la Extradición de los ciudadanos de nacionalidad uruguaya José ARAB, José GAVAZZO, Ricardo MEDINA, Ernesto RAMA, Jorge SILVEIRA, Gilberto VAZQUEZ y Julio VADORA, en una primera instancia, luego vendrían otros pedidos de extradición. Es de señalar que el Teniente General del Ejército Nacional Julio César VADORA, ha fallecido.

En dicho exhorto se imputa a los ciudadanos uruguayos **“el haber tomado parte en la concertación de un acuerdo criminal encontrándose el mismo destinado y dedicado a la comisión de ilícitos entre otros, a la desaparición forzada de personas...”** Más adelante dice que también se le imputa a los mencionados **“el haber participado en la privación ilegítima de la libertad personal sin las formalidades prescriptas por la ley”** de algunas personas que nombra.

En el mes de mayo del año 2006, se solicitó la detención preventiva de los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policiales antes mencionados, los cuales fueron detenidos y conducidos a distintos lugares de reclusión en arresto administrativo a la espera del pedido formal de extradición, para el cual la justicia del vecino país tiene un plazo determinado, establecido en los tratados firmados al efecto por ambos países. A fines del mes de agosto fueron también detenidos: Uruguay ARAUJO, Luis Maurente y Ernesto SOCA, de quienes fue solicitada su detención por Argentina, en las mismas condiciones.

Sin duda, que esta situación se enmarca en la ilegal interpretación dada al art. 4º de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, por el gobierno marxista que encabeza el Dr. Tabaré Vázquez, dentro del cual ocupando cargos de gobierno, encontramos un sin número de ex guerrilleros pertenecientes a los grupos subversivos que en la década de los años 60 y 70 pretendieron, por medio de la lucha armada tomar el poder. Llevando adelante atentados, secuestros asesinatos y un sin número más de agresiones contra la población civil en forma indiscriminada, así asesinaron a un peón rural, a una humilde limpiadora, secuestraron al joven hijo de un industrial, a representantes extranjeros, a dirigentes políticos y magistrados, planearon y ejecutaron asesinatos de militares, policías y civiles, pertenecieran o no al gobierno.

La ilegal interpretación, violando toda norma legal vigente, **impone la retroactividad de la aplicación de la ley penal**, sin ningún respeto, ni consideración a la Constitución y a las garantías del debido proceso.

Se puede decir, que quienes habrían violado las normas legales, de acuerdo a la interpretación de los guerrilleros, en el período del gobierno de facto, pretenden que se respeten sus derechos, cuando ellos pisotearon sin ningún miramiento los de los otrora guerrilleros. Lo expresado es fácilmente rebatible: no puede sostenerse que durante ese período histórico, no existiera un régimen jurídico. No se derogó el Código Penal ni el Código Procesal, por lo tanto existía un sistema normativo que preveía y establecía sanciones para quienes secuestraran, torturaran y mataran, no fue derogada ninguna norma, por el contrario se adecuaron al orden legal vigente, a la situación real del momento.

El Gobierno electo por el pueblo y legalmente constituido, encomendó a las Fuerzas Armadas la lucha antisubversiva en el año 1971, las que en un corto período tomaron el control de la situación con el apoyo de la Policía, que hacía no menos de 10 años venía combatiendo este flagelo con normas y medios inadecuados. La policía, dado el incremento y la magnitud de las acciones comenzó a ser superada por la situación, por lo tanto fue necesaria la intervención de una institución que por formación, disciplina y soporte legal, pudiera en el corto plazo, volver a la normalidad el caos imperante.

Las fuerzas armadas actuaron en el marco de su competencia y dentro de las normas propias de aplicación para los conflictos armados, donde el enemigo se mimetiza con la población civil y asume su representación, en aras de conquistar un mayor bienestar, que luego se traduce en una dictadura marxista, que no logra satisfacer a nadie más que a la clase gobernante, pero ya instalada es difícil sacarla del poder. Mientras todo ello ocurre y los salvadores de la patria, léase hoy luchadores sociales, ayer ladrones y asesinos, llegan a conquistar el poder, han “expropiado” lo ajeno, han “ajusticiado” agentes del orden, han asesinado cobardemente a soldados y ciudadanos comunes, cuya única responsabilidad fue defender la seguridad y tranquilidad de la ciudadanía toda.

El combate contra un enemigo que utiliza a la población civil como escudo y refugio para llevar adelante sus acciones más atroces, pone en riesgo de parte de los organismos encargados de defender la institucionalidad democrática, a la ciudadanía, sobre las cuales se imponen los necesarios controles y limitaciones, propias de estas situaciones establecidas en las normas legales vigentes, o ¿acaso las medidas prontas de seguridad, no están establecidas en la carta magna?, o ¿el estado de guerra interno no fue votado por el parlamento nacional? Dentro de las normas legales están previstas disposiciones que

la propia ciudadanía se dio para protegerse y resguardar su seguridad. Nadie puede ser ajeno a las normas que amparan el accionar de los soldados en una operación, ni al drama de la guerra.

Hoy parece sorprender que para defendernos de un conflicto armado, como el de la época que venimos analizando, se recurriera a normas y operaciones que se aplican ante un enemigo violento y solapado, como es el que desata una guerra de guerrillas. Que enmarcó su proceder en las conclusiones de la conferencia de OLAS (Organización Latinoamericana de Solidaridad), donde se declaró que el conflicto armado era la única vía de acceso al poder y que la guerrilla resultaba la regla más eficaz para obtenerlo.

El enemigo actuó en la clandestinidad, incompatible con la paz social, asesinando, torturando y destruyendo la propiedad privada. Luego de terminado el conflicto se les decretó la amnistía y a otra cosa.

En el caso de los agentes del Estado, serán tratados y condenados como Terroristas, pese a la existencia de una ley que los ampara. Una ley de amnistía como la aplicada en España luego de la guerra civil, de acuerdo a la sugerencia de los Convenios de Ginebra en el Protocolo II Art. 6to, que expresa: "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado".

¡Que frágil memoria parece tener el pueblo uruguayo!, que no recuerda los horrores vividos a consecuencia de las acciones de estos subversivos.

.....

ALCANCE INTERPRETATIVO DE LOS TRATADOS ENTE ESTADOS PARTE

El motivo de ésta nota es considerar desde el punto de vista legal, la aplicación de la calificación de "permanente" al delito de privación de libertad, como se pretende, por parte del Poder Judicial y del Ministerio Público, partiendo de la solicitud de la Justicia Argentina.

A decir del **Dr. Florencio Varela**, prestigioso jurista argentino, en un documento abierto a los Jefes militares y dirigentes políticos de su país: "...el mismo gobierno que en su momento los envió al combate, lo ha llevado a los estrados de la justicia común, imputándoles un proceder no solo delictuoso, sino además ignominioso"

Para determinar el alcance interpretativo contenido en normas establecidas en las convenciones celebradas entre Argentina y Uruguay (tal el caso del Tratado cuya aplicación pretende la República Argentina en estas actuaciones), las disposiciones del Acuerdo de Extradición del MERCOSUR más nuevo en el tiempo, constituyen sin duda la doctrina más moderna admitida por ambos países.

Estas reflexiones vienen al caso, dado que el art. 7 del referido Acuerdo declara que no procede la extradición "**si la persona fue juzgada, indultada, amnistiada o graciada por el requerido** (Uruguay), respecto del hecho o hechos que fundamentan el pedido", aplicable al caso.

El Acuerdo de Extradición rubricado dentro del MERCOSUR certifica el alcance que debe tener **el principio de doble identidad**, permitiendo concluir que ésta no existe cuando el hecho que motiva **la extradición no es delito en el país requerido**.

A los efectos citamos declaraciones del distinguido constitucionalista, **Dr. Gonzalo Aguirre Ramírez** (Diario El País, pág. 4) "Cuando votamos la Ley de Caducidad, cuando el pueblo la ratificó, todos entendimos que los delitos cometidos durante la dictadura por los militares por razones políticas estaban eximidos o de hecho amnistiados por esta Ley; como una vez lo declaró la Suprema Corte de Justicia.

De modo que esto no encaja ni con el espíritu ni en la letra de la Ley de Caducidad". Pero además si algo faltara nos apoyaremos en los que ha manifestado el **Dr. Enrique Möller** (Fiscal Nacional) en sus conclusiones en el caso Gelman "La norma (Ley de Caducidad) extinguió el o los delitos sobre los que ella refiere, si los delitos están extinguidos, no corresponde investigar (...) Se trata de una Ley de

carácter excepcional con la que el Estado pretendió poner fin a uno de los conflictos más importantes por los que atravesó el Uruguay, **declinando su derecho a castigar estas conductas criminales**". Decisión técnica y jurídica, ajustada a derecho, que le valió el escarnio público, el destrato y el agravio por parte de dirigentes políticos que discreparon con las consideraciones por él señaladas, evidenciando una clara injerencia en las decisiones del Poder Judicial, violando el respeto al principio de la separación de poderes.

La señora Fiscal Nacional **Dra. Mirtha Guianze** (Diario el País, pág. 4), consultada respecto a la privación de libertad, expresó: "**La privación de libertad es un delito de los que se denominan permanentes o continuos**, mientras que el mismo artículo 1º de la Ley de Caducidad, delimita claramente el ámbito de aplicación de la Ley. Así quedan amparados los delitos cometidos hasta el 1º. De marzo de 1985. En el delito permanente la prescripción se fija en el día en que cesó de cometerse".

El Juez argentino **Dr. Guillermo Montenegro** consideró "**abstracto**" el efecto de los indultos porque las desapariciones forzadas son delitos "permanentes" que siguen sucediendo después de dictado el perdón por el Presidente Carlos Menem en 1989. La cuestión ahora resulta abstracta tal como fue planteada inicialmente porque el indulto de un delito permanente, como la desaparición forzada de personas, no produce su efecto respecto del indultado si, luego de la fecha del Decreto del indulto, el delito se sigue cometiendo porque las víctimas no aparecen (Página 12, Argentina).

Como hemos visto, opiniones que sustentan que el delito de desaparición forzada sería considerado como delito continuado y permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de las víctimas.

Sería ridículo pensar que quienes hoy están privados de su libertad continúen cometiendo un delito para el cual no tienen la capacidad de disponer de su voluntad, en la consecución del mismo y menos aún en un país vecino, se trata de una ficción de la realidad.

El **Dr. Carlos Ramela** (Comisión de Constitución y Legislación, Cámara de Senadores, Repartido No. 576/2005), invitado a expresar sus puntos de vista, dice: "Sería muy bueno que alguien concurriera a las clases de la Facultad de Derecho del Dr. Gonzalo Fernández y lo escuchara citar a Klaus Roxin, penalista alemán que más ha trabajado y escrito sobre los delitos permanentes. Él explica que el delito solo es "**permanente**" cuando el supuesto autor mantiene la capacidad volitiva y fáctica de alterar la situación, cuando todavía existe la posibilidad, no meramente utópica o teórica, sino real, volitiva y fáctica de alterar el hecho - en este caso, la privación de libertad -, por lo cual, lo que enseña el profesor Gonzalo Fernández en la Facultad de Derecho es que la privación de libertad no siempre es un delito permanente. Esta interpretación es contraria a la interpretación de todo el Derecho Internacional.

Es incorrecta la asimilación de que un delito de privación de libertad es siempre un delito permanente. Se enseña en la Facultad de Derecho por nuestro mejor catedrático Grado 5 de Derecho Penal, citando a Klaus Roxin: **no todo delito de privación de libertad es un delito permanente**. El delito permanente requiere que el autor mantenga el control volitivo y fáctico de la situación que lo pueda hacer cambiar. (...) No pretenda decir "manu militari" que todos los delitos de privación de libertad son delitos permanentes, porque eso es un disparate jurídico".

Cosa que ocurre en el caso que analizamos.

Las mismas son igualmente aplicables al derecho uruguayo que al argentino. Estas precisiones atañen a la naturaleza y efectos del delito continuado y permanente, que la demanda de extradición adjudica a los hechos en proceso.

.....

LEGISLACION PENAL URUGUAYA

La doctrina ha diferenciado el delito “continuado” del “permanente” en cuanto el primero consiste en una pluralidad de violaciones de la misma ley penal (ya en el mismo tiempo o en tiempos diferentes; en el mismo lugar o en lugares diferentes; contra la misma persona o contra personas diferentes), como acciones ejecutivas de un única resolución criminal. El segundo, por el contrario, no se constituye con una pluralidad de violaciones de la misma ley penal, sino con una acción entendida como **única** en su tipo, pero **duradera** (privar de libertad, retener, asociarse, etc.), y dependiente, en la totalidad de su ejecución, de la voluntad del agente.

Ello supone que todos los momentos de su duración pueden ser consumación, lo que equivale a una dilación o duración en el tiempo del estado mismo de la consumación (CAIROLI, Milton, Curso de Derecho Penal Uruguayo, FCU, 1990, pág. 152).

Si un delito puede, de conformidad a los principios del art. 10, Nos. 4 y 5 del Código Penal, perseguirse según la ley uruguaya, aunque haya sido cometido en el extranjero, es obvio que también puede prescribir según la ley uruguaya. Si alguna demostración de esto faltara, el intérprete puede acudir al art. 11, que disipa la duda: la persecución está supeditada, entre otros, a que el delito no se encuentre prescripto de acuerdo a una u otra legislación (la uruguaya o la del lugar señalado como de comisión).

Si hay prescripción conforme a la ley uruguaya, el hecho habrá dejado de ser delito.

Esta característica debe analizarse, en el derecho uruguayo, junto con lo dispuesto en el art. 119 del CP en cuanto se regula el punto de partida para la computación del término de prescripción. Ello implicaría que en los delitos permanentes el término para la prescripción comienza desde el día en que cesa la ejecución.

Se ha interpretado equivocadamente esta norma en el sentido de que mientras una persona privada de libertad (o desaparecida) no fuere hallada (viva o muerta) el delito de privación de libertad continuaría consumándose y por lo tanto, aún no habría comenzado a correr el plazo de la prescripción.

Ello no es así por dos motivos: en primer lugar porque como dice la doctrina dominante, la cesación del delito permanente **depende de la voluntad del sujeto activo del delito** (CAIROLI, Milton, ibidem, y LANGON CUÑARRO, Miguel, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Ed. Del Foro, 2003, pág. 183). Esto implica, que para entender que el delito de privación de libertad continúa consumándose, debe existir, o, mejor, **mantenerse** la disponibilidad de la libertad de la víctima en manos del agente. Porque la permanencia del delito no está solamente, en la perduración del estado antijurídico, sino en algo más: el dominio, a través del mantenimiento de la acción, del hecho.

Es así porque, cuando el Código Penal (art. 119) inicia el cómputo de la prescripción en los delitos continuados “desde el día en que se ejecuta el último hecho o se realiza la última acción” y para los delitos permanentes, “desde el día en que cesa la ejecución”, se refiere, **al cese de conductas, referidas en la ley como “hechos”, “acciones” o “ejecución”**.

En otras palabras: el lenguaje del código indica claramente que la permanencia del delito no está **solamente** cuando aparece la víctima de la privación de libertad o cuando se disuelve la asociación, **sino, y también, cuando no caben dudas en el sentido de que el agente a quien se imputa la conducta ya no la está llevando a cabo**.

Si la persona privada de libertad ya no está con vida, bajo su control o su dominio, no puede sostenerse sin violentar el más obvio sentido común, que continúa consumándose un delito de privación de libertad (delito permanente). En segundo lugar, porque el propio artículo 119 del CP se encarga de darle sentido común, algo tan caro al derecho penal, cuando se refiere a que el término empieza a correr para los delitos permanentes, **desde el día en que cesa la ejecución**. Esto quiere decir que el sujeto activo está **ejecutando** el delito de privación de libertad y en un momento dado, cesa dicha ejecución. Es a partir de ese momento que comienza a correr el término de la prescripción: desde que dejó de ejecutar las acciones previstas y no desde que aparezca la persona. Podría darse el caso de una persona que priva de libertad a otra y la mantiene en esa situación por un año. Luego la libera pero ésta

decide permanecer oculta en otro país o ciudad hasta que un año después de liberada se presenta ante sus familiares y amigos. El término de prescripción comenzará a correr, ¿desde que cesó la ejecución de esos actos como dice la ley o desde que apareció la persona? Por obvia, se omite la respuesta.

Claramente, la solución que determina la permanencia por el simple criterio de la no aparición de la víctima, cuando es notorio que el sujeto carece de todo vínculo o dominio con dicho estado de privación, supone una formalización indebida del derecho penal, una ficción que se mantiene más allá de no aceptar la realidad y que consiste en sostener que la consumación se mantiene, no porque haya evidencia de que el sujeto lo hace, sino porque la víctima no aparece. Más grave aun, sería en el caso de que los actualmente imputados cumplieran su condena por la comisión del delito y al término de la misma, aun no hubiesen aparecido los restos de la víctima, con el criterio que se pretende aplicar, se mantendría la consumación indefinidamente.

Es oportuno señalar lo que expresara el **Dr. Julio Ma. Sanguinetti** (ex Presidente de la República), sobre el punto: "(El Dr. Tabaré Vázquez) A cada rato se adelanta a decir que tal o cual delito no está comprendido en la "Ley de Caducidad" y una vez que habilita el camino, aparece una denuncia, se requiere la opinión del Ejecutivo que ya se sabe que va a declarar que la ley no funciona y así se termina juzgando lo que la ley impide juzgar. Se vive un mundo de ficción: se sigue considerando el "**delito permanente**" de "**desapariciones forzosas**" que obviamente no lo son, porque desgraciadamente las víctimas **están muertas**..."

El ex Presidente de la República, **Dr. Jorge Batlle** por decreto firmado el 11-4-03, acepta las Conclusiones del Informe Final, presentado por la Comisión para la Paz, creada por Resolución Presidencial No. 858/2000, del 9 de agosto del año 2000, el cual expresa, en su artículo 1º.- "Aceptar las conclusiones contenidas en el informe final elevado por la Comisión para la Paz en el día de la fecha, **asumiendo que esas conclusiones constituyen la versión oficial sobre la situación de los detenidos – desaparecidos**". El informe, agregó, "cumple definitivamente" con lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley de Caducidad, que obligaba al Poder Ejecutivo a investigar las desapariciones. En su parte medular señala: Referente al destino de los restos: 49.- La COMISION ha recibido –de fuentes militares- versiones e informes coincidentes sobre cuál habría sido, en términos generales, el destino de los restos de los desaparecidos **cuyo fallecimiento ha sido confirmado**.

No se puede escapar a la realidad, sin tener en consideración que surge del mencionado informe la circunstancia y el destino final dado a los restos de los detenidos-desaparecidos, como así también, las investigaciones del actual gobierno orientadas específicamente a la búsqueda de restos humanos, la aprobada Ley de Ausencia, sugerida por la Comisión Para la Paz, los informes presentados por los Comandantes de las Fuerzas Armadas, la aceptación de un predio ofrecido por una empresa, para destino final de los restos y el memorial en homenaje a los mismos. Lo que deja sin argumentos, a la falacia del delito permanente, esgrimido por el Ministerio Público en algunos casos y por los patrocinantes de los querellantes.

La Comisión para la Paz, expresa en el Informe Final: "IV SUGERENCIAS FINALES, B.2. Ausencia por desaparición forzada: 76.- "...sugiere en este punto al Señor Presidente de la República que se promueva una iniciativa legal tendiente a crear la figura específica y propia de la **ausencia por desaparición forzada**..."

El Poder Legislativo aprobó la ley 17.894, que contempla la ausencia por desaparición forzada. Esa categoría jurídica reconoce antecedentes en el derecho comparado (por ejemplo, Ley 24.321 de la República Argentina) y es la que naturalmente se adapta, con mayor exactitud, a una **hipótesis donde el fallecimiento no puede ser acreditado, de forma objetiva**, por no haberse ubicado los restos respectivos, permitiendo a su vez en la esfera jurídica la determinación de un estado que supera la indefinición legal que se ha sufrido –como un perjuicio más- hasta el presente.

El delito de privación de libertad es uno de los delitos contra la libertad, se requiere obviamente que durante la consumación, la víctima continúe siendo titular del Derecho a la libertad, esto es que continúe siendo jurídicamente "persona", sujeto de derecho, situación que cesa naturalmente con la muerte.

Esto viene al caso, porque, como se advierte una vez más, los **hechos** atribuidos a los militares y policías acusados no van más allá de 1978. Y son éstos los que cuentan o deben contar para determinar el lapso prescriptivo.

Traemos a colación lo señalado por el **Dr. Miguel Langón** (Sobre la prescripción de los delitos de lesa humanidad, L.J.U., Doctrina 8), tras recordar que "**en el Uruguay, aunque esta expresión pueda desagradar a muchos, no hay "desaparecidos" en el sentido técnico legal" porque no hay delito que prevea tal circunstancia.**", "Las personas secuestradas, aprehendidas, detenidas o arrestadas, hace más de veinte años, no están privadas de la libertad y por lo tanto es una insidia jurídica, una aberración lógica, sostener lo que no es conforme a la realidad de los hechos". Ni el privado de su libertad en algún momento puede escapar de su cautiverio, ni el supuesto captor está en condiciones de otorgarle la liberación, haciendo cesar aquel estado, por la congrua y evidente razón de que uno no está preso y el otro no lo tiene en su poder.

La falta de fundamento de la conclusión acerca de que no corresponde afirmar la muerte, demostraría una aparente voluntad de procesar por un delito irreal, no cometido por los imputados y evitar la evidente prescripción que corresponde al caso.

Cosa que es igual, tanto en el Uruguay como en la Argentina. Citando en su apoyo las opiniones de los **Dres. Gonzalo Fernández, y Miguel Langón**, quienes han manifestado que todo eventual delito ha prescrito.

En el Uruguay se ha legislado, **se ha tipificado el delito de desaparición forzada de personas** en el art. 21 de la ley 18.026, en el literal 21.2 del citado se dice: "El delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima", con la consecuencia atribuida a su permanencia y presunta imprescriptibilidad, pero ello se remitirá a lo establecido en el Art. 15 ° del Código Penal, donde establece la irretroactividad de la ley penal.

En consecuencia: es muy claro que la tipificación que pretende realizar la Justicia argentina, **no encuentra su réplica en el derecho uruguayo**, donde, como lo confiesa el proyecto que reglamenta el Estatuto de Roma (y como lo confiesa el mismo Estatuto, que rige hacia el futuro), donde el delito que se pretende imputar, no existía a la época de los hechos.

Estas conclusiones que parecen irrefutables para el derecho uruguayo, y que no sólo conciernen a la prescripción, sino ya, directamente, a la **inexistencia de doble identidad**, se remite a lo establecido en el Art. 8°. De la Constitución, también son aplicables al derecho argentino.

La prueba más clara de ello es que la invocación del tipo penal habilitante en el derecho argentino, muy pocos puntos de contacto tiene con la completa descripción de la llamada desaparición forzada de personas. La disposición invocada por la Argentina (art. 144 bis) alude a la conducta de: "El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal".

En iguales niveles se produce la similar disposición uruguaya.

Todo el planteo extraditorio evidencia una ingeniería normativa, según la cual las normas dictadas actualmente (sin duda a consecuencia de los hechos de ayer) pretenden regular y reprimir con mayores márgenes de severidad hechos que, en el pasado, carecían de la gravedad de la respuesta punitiva que ahora se pretende actualizar.

Todo esto se dice, además, con el apoyo de lo dispuesto en los arts. 10, 12, 72 y 332 de la Constitución de la República, art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, art. 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 9 del Protocolo a la Convención Americana Pacto de San Salvador y art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ratificados por ley nacional, y arts. 15, 16 y 17 del Código Penal, que constituyen el principio de orden público interno de nuestro país, por el cual, **no son retroactivas las leyes penales o procesales que perjudiquen al justiciable**. Por lo que de manera alguna se podrían aplicar las Convenciones citadas retroactivamente y en perjuicio de los imputados.

Dice el art. 9 del Pacto de San José: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones **que en el momento de cometerse no fueran delictivas 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".

El país no sólo no adecuó su legislación a esta normativa, sino que, al aprobar el Estatuto de Roma, reafirmó la vigencia del art. 16 del Código Penal. Ello ocurrió por ley posterior y claramente modificativa de la precedente. La ley mencionada es la N° 17.510, de 27 de junio de 2002.

Acogió, en los principios generales de derecho penal de un tratado posterior, la solución constitucionalmente acorde, de **no retroactividad de la ley penal más gravosa**.

Es cierto que hay una corriente que postula la solución de imprescriptibilidad como derivada de una norma internacional, de una disposición imperativa, de orden público, que regiría por fuerza de la costumbre internacional, aun antes de su recepción en forma expresa en los tratados.

Esta fundamentación, que recuerda más bien la existencia de un derecho de vencedores, al estilo del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (8 de agosto de 1945), donde el derecho regulador aparece luego de la ocurrencia de los hechos regulados, y no a la inversa, no puede prevalecer por sobre los textos explícitos de los tratados que disponen otra cosa: vigencia hacia el futuro, vigencia condicionada a la adecuación de la ley, según se ha visto.

Como se verá, incluso la solución que ve en la imprescriptibilidad retroactiva de los delitos de lesa humanidad (y está por verse que los delitos aquí imputados tengan esa calidad), como principio que regiría por fuerza de la costumbre, tiene una convincente refutación en la República Argentina.

Por si todo lo dicho fuera poco, se advierte que **el delito de desaparición forzada de personas, tal como se encuentra definido en el texto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no existía como disposición incriminatoria de derecho interno: ni aquí, ni en Argentina**. La pretensión de que se aplique esta norma ulterior a hechos anteriores, como adaptándose aquélla a éstos y no, como manda el principio de legalidad, éstos a aquélla, es inaceptable, sea del lado uruguayo, sea del lado argentino.

Se han incorporado al Código Penal las figuras penales que el Estatuto de Roma incluye, a los efectos de la competencia de la Corte.

Precisamente, el art. 21 de la ley 18.026, prevé: "(Desaparición forzada de personas). 21.1. El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, procediere a privar de libertad a una persona, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o el que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte, será castigado con dos a veinticinco años de penitenciaría".

LEGISLACION PENAL ARGENTINA

En lo que tiene que ver con el derecho argentino, y a tenor del pedido de extradición – que dicho sea incidentalmente, pero sea dicho, de todos modos, fija, por aplicación del principio de especialidad, las figuras aplicables – “los hechos reseñados en lo antecedente, atribuidos a los mencionados encontrarían subsunción típica en la figura prevista por el art. 210 bis, en concurso real con el delito previsto por el art. 144 bis, inciso 1º del Código Penal, en función de las prescripciones contenidas en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona – Ley 24.556”.

Según la disposición del art. 210 bis, “se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a).- Estar integrada por diez o más individuos;
- b).- Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c).- Tener estructura celular;
- d).- Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e).- Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- f).- Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g).- Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h).- Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos”.

La disposición invocada, que tipifica una especie de Asociación Ilícita, tiene la particularidad de que **no regía en la época en que habrían ocurrido los hechos por los cuales se solicita la extradición de los militares y policías acusados**. Es decir, **no tenía vigencia entre los años 1976 y 1978**, en que habrían ocurrido las privaciones de libertad, bajo presupuesto de existencia de una asociación ilícita.

La norma que la Justicia Argentina pretende aplicar es la ley No 23.077, que se dictó recién el 27 de agosto de 1984, sobre “Protección del orden constitucional y la vida democrática”.

La imposición del Estado requirente parte de la base según la cual la ley pretende adecuarse a los hechos anteriores, en lugar de que los hechos posteriores se adecuen a una ley anterior. Y esto ocurre contra el mandato claro de la prohibición de retroactividad, contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina, según el cual: “Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo fundado **en ley anterior al hecho del proceso**”.

El pedido de extradición, refiere a **hechos anteriores a la vigencia de esta ley**. Ni siquiera se afirma, o parece afirmarse, que la pretendida asociación ilícita continúe, o hubiera continuado luego de 1978 o, en el peor de los casos, luego de la restauración de la democracia en la República Argentina, el **10 de diciembre de 1983**.

Cuando se dictó la ley 23.077, del 27 de agosto de 1984, no existía, ni se afirma que existiera, ninguna asociación ilícita. Por lo que la aplicación retroactiva de la ley indicada, con graves extremos de penalidad, no podría serlo, dado que violaría el principio de **legalidad** consagrado en el ya citado art. 18 de la Constitución Nacional.

El pedido de extradición buscaría evitar, o, mejor, ocultar la dificultad derivada de esta flagrante violación del principio de legalidad, aludiendo a la pretendida imprescriptibilidad retroactiva que tendría la desaparición forzada de personas. Este razonamiento, aunque es insostenible, respecto a la desaparición forzada de personas, **es claramente inaplicable al delito de Asociación Ilícita, según la figura ulterior del art. 210 bis CP argentino.** Porque es absolutamente claro que **la asociación ilícita reprimida por el art. 210 bis, vigente recién a partir de agosto de 1984,** nada tiene que ver con tal delito de desaparición forzada y aparece en el caso como una suerte de accesión, sin duda con la pretensión de reforzar la menguada penalidad que acarrea la figura acompañante, la del 144 bis, a que seguidamente se hará referencia.

Dice el art. 144 bis del Código Penal Argentino: "Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

1. **El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad persona.**
2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales.
3. El funcionario público que impusiera a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.

Si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del art. 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión de dos a seis años."

El pedido de extradición limita el alcance de la incriminación al numeral 1º, subrayado en esta comparecencia, a los efectos de la delimitación de lo solicitado.

Tanto el delito previsto en el art. 210 bis o el que se analizaba **supra** 144 bis del Código Penal Argentino **se hallan holgadamente prescriptos por la legislación argentina.**

El art. 62 regula el plazo de prescripción de la acción penal. Si se cuenta el lapso desde el **10 de diciembre de 1983,** los delitos por los que se pide la extradición habrían prescrito el **10 de diciembre de 1998.**

Es para salvar este escollo, que la petición de extradición intenta extender el plazo de prescripción de acuerdo a lo previsto en los Tratados internacionales firmados por nuestro país y por la República Argentina. Pero para ello deberá sortear otro escollo, y es el de la aplicación retroactiva de dichos tratados.

En reciente dictamen la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en su sesión del 7 de diciembre de 2004, conocido el informe del Instituto de Derecho Constitucional de la Corporación sobre el Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Arancibia Clavel", luego de un debate, -con la aclaración de que el mismo se remite a un delito más grave, como es el homicidio- aprobó un dictamen haciendo los siguientes comentarios:

Existen leyes y tratados que imponen la imprescriptibilidad de determinados delitos para el futuro, cuestión de naturaleza opinable. Pero los regímenes de prescripción, una vez vigentes integran el concepto de "ley penal" a los efectos de la garantía constitucional del Artículo 18, y no pueden ser afectados retroactivamente por una norma – ley o tratado – posterior al hecho de la causa; esa ha sido la doctrina de la Corte desde el fallo "Mirás".

La norma que establece la imprescriptibilidad de los denominados "crímenes de lesa humanidad" es la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", que fue firmada en noviembre de 1968. La Argentina la aprobó por Ley Nº 24.584 veintisiete años después, en noviembre de 1995; y recién se le dio jerarquía constitucional en setiembre de 2003, por Ley Nº 25.778.

En Uruguay, la Ley 17.347, promulgada el 13 de junio de 2001, dio aprobación a la Convención antes mencionada. El instituto de la prescripción está contenido en el concepto de "ley penal" a los efectos de las garantías constitucionales; y la costumbre – por internacional que sea – no es una fuente del derecho aceptable en ese campo.

El texto del Artículo 18º de la Constitución es expreso: **"Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso".**

Los argumentos de oportunidad a los que se apela son insuficientes para superar la objeción: la ley penal debe ser previa, "anterior al hecho del proceso", en palabras de la Constitución. Existe un claro obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal.

Para no violar el principio de legalidad, aplica una Convención internacional incorporada al derecho argentino con posterioridad al hecho del proceso; con lo que viola el principio de irretroactividad.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión señalamos la opinión de un importante sector de la Cátedra de Derecho Penal de la UDELAR, desde que, en palabras del **Dr. Miguel Langón**: "...las personas "desaparecidas no se encuentran privadas de libertad, sino en un período no muy lejano respecto a la fecha de su detención, o fallecían en sesiones de tortura, o, excepcionalmente, eran muertas a propósito, o, en otros casos, sus situaciones se "legalizaban" de distinta manera, formándose a su respecto un juicio, de naturaleza militar, conforme a la legislación vigente..." (Criminología y Derecho Penal, Tomo I, pág. 56); reflexión que, si bien el autor formula para la realidad uruguaya, se estima extensible a la vivida en Argentina.

Desde el punto de vista jurídico debemos mencionar: en sentencia dictada en el año 1949, por el Sr. Juez del Crimen de Segundo Turno, **Dr. Marcelino Izcúa Barbat**, se expresaba que: "...El propio hecho de que no haya aparecido el cadáver de la víctima, hecho sin duda negativo pero plenamente comprobado no es contradictorio sino congruente con el hecho imputado y toda la serie de los que lo precedieron o siguieron y explican y comprueban configurando una presunción posterior, de relevancia y valor probatorio indiscutible.(...) La imposibilidad material de hallar el cadáver de la víctima que resulta de factores de orden natural, no puede contrariar lógica y legalmente el cuadro que surge de la prueba..."

De lo antes expresado y como resultado del análisis, se podría concluir que no ha existido una Asociación Ilícita conformada por los agentes del Estado uruguayo, dada la legislación vigente en la República Argentina, cuando podrían haber ocurrido los hechos que se imputan. Los funcionarios militares y policías mencionados integraban las fuerzas de seguridad del Uruguay, sometidos a la jerarquías correspondientes, actuando con sujeción a la cadena de mando y en cumplimiento de ordenes derivadas de aquel.

Privación ilegítima de la libertad personal. Los mismos no pudieron haber mantenido en cautiverio a personas detenidas, más allá del período en el cual prestaron servicios en la dependencia a la cual pertenecían o hasta cuando dejaron de pertenecer a la misma; debe considerarse que se habrían desarrollado los hechos en territorio extranjero, por lo tanto tal situación no podría extenderse, tampoco, posteriormente a la suspensión de su concurrencia a aquel país. Ni en Uruguay ni en Argentina se han llevado a cabo esfuerzos tendientes a ubicar detenidos, sino que se ha procurado ubicar restos humanos, por lo tanto y como se ha expresado, los mismos estarían muertos.

Con las acciones llevadas a cabo por el Gobierno uruguayo y el argentino, se ha hecho una aplicación del principio de retroactividad de la ley penal, en clara violación a lo dispuesto por la Constitución de ambos países.

Se ha categorizado el delito de privación de libertad como un delito permanente, cuando **claramente ha cesado la ejecución o las acciones de los agentes del Estado**, por no tener ninguna persona bajo su control o dominio. Ha cesado la ejecución de las acciones previstas, **los detenidos-desaparecidos han muerto** como lo confirman las investigaciones efectuadas.

No se adecuan los tipos penales argentinos y uruguayos al principio de doble identidad expresamente previsto en el ordenamiento legal vigente, ya que el hecho que motiva la solicitud de extradición no es delito en el país requerido, por haber sido amnistiado (Ley 15.848).

Los agentes del Estado, militares y policías han sido amnistiados por la Ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado, con lo cual se han extinguido los delitos y no corresponde investigar. El Estado pretendió poner fin a uno de los conflictos más importantes por los que atravesó el Uruguay, declinando su derecho a castigar las conductas criminales. Se trata de una ley excepcional que fuera ratificada por la ciudadanía en el libre ejercicio de sus derechos, la que a su vez puesta a consideración ante la Suprema Corte de Justicia, la misma ratificó su constitucionalidad en distintos fallos, con integración variada y ante causas diferentes.

Los delitos por lo cuales se solicita la extradición prescribieron tanto para el derecho uruguayo, como para el argentino.

El juzgado del Dr. Canicoba Corral que intervino en la causa referida al pedido de extradición anterior (2001), decretó la clausura de la misma, por lo que existe "**cosa juzgada**" sobre los hechos, el gobierno uruguayo le expresó, que el caso por el cual se hacía la solicitud, estaba incluido en la Ley de Caducidad. Se ha desconocido la jerarquía de la ley y se ha soslayado su consideración, con la aquiescencia de los Tribunales y de la Corte.

Lo que la ley penal establece, es que esté suficientemente justificada en el proceso, la existencia de **un hecho de la vida real que revista las características de un delito específico y descrito en una figura delictiva por la ley penal**.

En el caso que nos ocupa, no se ha justificado plenamente la existencia de una acción u omisión, no se ha hecho diferenciación de responsabilidades, por lo tanto se han incluido personas como imputadas cuyas conductas no configuran hechos punibles que revistan características de delito específico.

El delito por el que quedó habilitada la extradición (Art. 144 bis Código Penal Argentino), **no estaba vigente a la fecha de los hechos en la legislación Argentina**.

Finalmente, lo que la sentencia debió resolver y no lo ha hecho, es si procedía o no la aplicación del Art. 144 bis del Código Penal Argentino, a hechos anteriores a su vigencia, **si la norma no es**

aplicable, la extradición no procede, ni por la figura invocada, como hemos visto ut supra, ni por ninguna otra.

Con lo cual podemos concluir señalando que se está procesado, sin mérito, una violación flagrante al Estado de Derecho, violentando las normas constitucionales, las garantías individuales y del debido proceso, no ajustado a derecho, con la aplicación de normas que no son consuetudinarias, de carácter internacional, que no son aplicable por no estar vigentes al momento de ocurrencia de los hechos, por los cuales se hacen las imputaciones.

Inspector Mayor (R) RICARDO MEDINA (Policía Nacional) Montevideo, 21 de agosto de 2007