

Sentencia

Ministra Red. Anabella Damasco Solari

Montevideo, 28 de julio de 2011.-

VISTOS:

Para interlocutoria de segunda instancia, estos autos caratulados **“CALCAGNO GORLERO, CARLOS – COAUTOR DE DOS DELITOS DE DESAPARICION FORZADA EN REITERACION REAL” IUE 2-21152/2007** venidos a conocimiento de esta Sede, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la Resolución N° 2363 de fecha 16 de setiembre de 2010, dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno Dra. Mariana MOTA CUTINELLA y con la intervención en la instancia de la Sra. Fiscal Letrada Nacional Dra. Mirtha GUIANZE.-

RESULTANDO:

I) La recurrida (fs. 336-364), hizo lugar al dictamen del Ministerio Público (fs. 305-316 vto.), al que se opuso la Defensa ejercida entonces por los Dres. Amondarain y Figueredo (fs. 316-333 vto.), y dispuso el enjuiciamiento con prisión del recurrente, como coautor de dos delitos de desaparición forzada en reiteración real. A la fecha del procesamiento, se hallaba detenido administrativamente con motivo del trámite de Extradición solicitada por Paraguay ante el Homologo de 10° Turno.-

II) La atacada imputa la coautoría en el delito de desaparición forzada (art. 21 de la Ley 18.026) de Gustavo Inzaurrealde y Nelson Santana, por considerar acreditado *prima facie* que: Calcagno participó del interrogatorio practicado (“presuntamente” bajo tortura) en Asunción del Paraguay, en el marco del Plan Cóndor, el 6 de abril de 1977, donde identificó y selló la suerte de los detenidos, acorde con el contexto represivo.-

Inzaurrealde y Santana habían escapado a operativos que probadamente se practicaron en Argentina con colaboración de inteligencia uruguaya, contra integrantes del PVP (Partido por la Victoria del Pueblo), durante 1976. El primero era el único miembro de la dirección de ese movimiento, que había logrado evitar el confinamiento en “Orletti”. En setiembre de 1976 se fue de Buenos Aires con el objetivo de establecer una ruta de salida hacia Europa para los uruguayos que vivían en Argentina. Así llegó a Paraguay con Santana en marzo de 1977 y ambos fueron detenidos en una pensión de Asunción el día 29 de ese mes y año.-

Según actas policiales rescatadas de los llamados "Archivos del Terror" (localizados y sistematizados en Paraguay luego de la dictadura, por el abogado Martín Almada, en diciembre de 1992, entre cinco toneladas de documentos, fs. 34), entre los días 5 y 7 de abril (de 1977) la situación de Inzaurrealde y Santana (interrogados seguramente bajo tortura, porque así se obtenía la información) fue analizada por un “equipo de trabajo”, integrado por "personal del Servicio de Inteligencia de la República Oriental del Uruguay", (también integrado por militares locales y otros de la SIDE Argentina) que trajo informes con antecedentes de ambos detenidos. Un memorándum fechado el 9

de abril ubica a Calcagno en ese equipo, lo que según fs. 368 vto. de la pieza II del testimonio de extradición, no sería inusual.-

Tampoco lo sería, que a mediados de mayo de 1977, Santana e Inzaurrealde fueron trasladados a Buenos Aires en un avión de la Armada argentina, piloteado por el capitán de corbeta D'Imperio, donde fueron trasladados también tres detenidos argentinos. El grupo fue entregado a los agentes de la SIDE José Montenegro y Juan Manuel Barret; allí no hay constancia documental de la presencia de Calcagno.-

La policía paraguaya informó que los dos uruguayos y los tres argentinos fueron expulsados del país por carecer de documentación, pero el testimonio de un sobreviviente del Centro Clandestino de Detención conocido como "Club Atlético", señala que Inzaurrealde compartió su celda hasta el 26/5/77 y que allí fue torturado. Los detalles que brinda en su declaración dan fe de su identidad Presuntamente también allí estuvo Santana.-

A mediados de julio de 1977, comienzan requisitorias de Inzaurrealde y de Santana, por la Junta de Comandantes en Jefe, SID, Dpto. III, misma repartición que evaluara las declaraciones de Inzaurrealde en informe de 30/4/77 (fs. 179). Ese tipo de práctica - requerir detenidos muertos o desaparecidos - , era una práctica de inteligencia represora, *tal como fue informado por el Comando Gral. del Ejército el 8.8.2005* (ver copia de publicación de fs. 38).-

El 22 de setiembre de 1977, Ma. del Carmen Posse (pareja de Inzaurrealde) refugiada en Suecia, envió al Arzobispo de Asunción, Monseñor Ismael Rolón una nota pidiendo que averiguara la situación de su cónyuge. El 5 de octubre

respondió (fs. 40) que probablemente "fue trasladado, con otros detenidos por la policía paraguaya en un avión militar argentino a Bs. As. y de ahí a Montevideo, él solo. Esto sucedió en mayo de este año 1977". A partir de entonces la desaparición fue denunciada ante la OEA, Amnistía Internacional, etc. Luego se supo fehacientemente que Santana e Inzaurrealde habían sido entregados por policías paraguayos a militares argentinos.-

El militar enjuiciado reconoce haber viajado a Asunción del Paraguay, días después de esas detenciones seguidas de interrogatorios bajo tortura por parte de la policía paraguaya.

De acuerdo con la recurrida (fs. 354), la coordinación del "grupo de trabajo" que se formó precisamente durante los días en que estuvo Calcagno en Asunción, determinó la desaparición de Inzaurrealde y Santana: "Calcagno conocía de la privación de libertad de los uruguayos Inzaurrealde y Santana en Paraguay y por ello concurrió integrando el grupo de trabajo los primeros días del mes de abril (1977). Se genera la duda razonable de que la detención de los uruguayos no hubiera sido incluso decidida por los militares uruguayos en aplicación de las directivas acordadas en el Plan Cóndor y a juzgar por las razones de la detención de los mismos informadas por la policía paraguaya <por presunta actividad subversiva> según documento referido ut supra. Pero es indudable que ocurrida la privación de libertad, concurrió el indiciado a Paraguay y colaboró activa y principalmente -aportando material documental para el desarrollo del interrogatorio y con ello determinando la situación ulterior de los detenidos.-

*“Regresado a Uruguay, esa información se volcó en la Junta de Comandantes en Jefe ... evaluándose en su seno la misma. Pero esa misma Junta luego es la que expide las requisitorias que más tarde reitera(n) la DNI. **Es de toda evidencia que el indiciado conocía el destino de los uruguayos, en tanto que verificó personalmente sus detenciones en el Paraguay por lo que las posteriores requisitorias libradas para determinar sus paraderos pretendían aparentar, ante la opinión pública, un desconocimiento que no era tal.***

“La ocultación del destino del detenido resulta pues incuestionable...” .

Al final (fs. 363/364), añade: *“Es evidente que si un agente del estado procede a privar de libertad a una persona en cualquier época y circunstancia, debe informar sin demora al poder judicial competente y la omisión de hacerlo es lo que configura el delito imputado”*.

*“Toda la construcción que elabora la defensa del indiciado en relación a sus derechos como tal son compartibles, desde que constituyen sin duda los derechos constitucionales básicos del estado de derecho y regulan el procedimiento penal (refiere a la presunta vulneración del derecho a no inculparse, etc.). Pero ello no es trasladable a la figura penal referida porque **en ella se indica precisamente el incumplimiento de los deberes del autor actuando como agente del estado”**.*

Según documentos, misivas, indicios y testimonios (algunos directos y otros “de oídas”), todo cuestionado por la Defensa, los detenidos fueron entregados irregularmente a militares de Argentina; se dice que para su exterminio,

conforme directivas del Plan Cóndor, como sucedió en muchos otros casos, probadamente.-

III) La Defensa de particular confianza Dres. Graciela FIGUEREDO y Miguel LANGON CUÑARRO, fs. 371-378 vto. interpusieron reposición y apelación. **Se agravian en primer lugar por considerar que no existe prueba acerca del delito imputado**, a más de 30 años de ocurridos los supuestos de hecho que se invocan. Nada permite afirmar que Calcagno participó en la privación de libertad de Inzaurrealde y “Escotto” (Santana); ni hay elementos para poner a su cargo la “segunda modalidad” del delito. Es imposible informar la suerte o paradero de personas cuyo destino es desconocido. Todo lo que se sabe es que Calcagno viajó a Asunción entre el 5 y 7 de abril, en funciones de coordinación de inteligencia, llevando un sobre cerrado que le había dado su Jefe Cnel. Nelson Viar (se dice que fallecido) para determinar si las personas detenidas en Paraguay sabían del paradero de la histórica Bandera de los Treinta y Tres, hurtada por el grupo subversivo del que los detenidos se sospechaba, formaban parte.-

Calcagno no participó de la privación de libertad ni de su entrega a las autoridades argentinas, ni de su traslado a Buenos Aires; eso sucedió luego de haber vuelto él a Uruguay, por lo que nada tiene que ver con lo que les pasó a las supuestas víctimas del terrorismo argentino.-

El encausado lo negó (fs. 298) y no hay evidencia de que participara en los interrogatorios y por ende, de las posibles torturas a las que hubieran sido expuestos, y al respecto, la carga de la prueba corresponde al Estado.-

Para concluir lo contrario, la Fiscal y la Jueza se fundan en un documento carente de apoyatura testimonial que avale la existencia del supuesto “equipo de trabajo” a que refiere la nota no autenticada siquiera, que luce en el Anexo II (fs. 146) y que su defendido dice fue en todo caso una patraña paraguaya desde que ningún equipo de tareas se constituyó durante su estadía en Asunción.-

No parece sensato argumentar que por el tenor del interrogatorio del que no resulta el asunto de la bandera y porque se les preguntó por sus actividades subversivas, deba concluirse que Calcagno estuvo presente en los interrogatorios. A contrario, era importante para las agencias de seguridad paraguayas, indagar sobre actividades subversivas en aquella época de confrontación bélica, etc.-

Lo investigado y concluido por la COMIPAZ (fs. 144/152) es prueba ilícita (arts. 19 y 22 Constitución).-

Las opiniones del Arzobispo de Asunción (fs. 40, 66) que increíblemente se pretenden hacer valer, no acreditan el traslado a Uruguay de Inzaurrealde y “Escotto” (*sic*). Esto no tiene la menor seriedad y llama la atención que se usen estos argumentos para fulminar un procesamiento por delito de lesa humanidad con la terrible consecuencia, entre otras, de la reclusión de por vida que representa.-

Olivera dice (fs. 120) que la prueba “más fuerte” del traslado a Uruguay desde Argentina sería el “testimonio” de Ricardo Peidro, quien al declarar (fs. 158) afirma, también de oídas, que estando detenido ilegalmente en Buenos Aires,

Inzaurrealde le habría dicho que “estaban esperando a los militares uruguayos para interrogarlo o decidir sobre su destino”. Esto tampoco prueba el traslado y mucho menos, la participación de Calcagno: - es un testimonio de oídas; - de expresiones ambiguas que un detenido hizo a otro; - que encerraban una alternativa: o interrogarlo o decidir su destino (no dice nada sobre cual pudiera ser éste: ¿dejarlo en Argentina, liberarlo -como se hizo con Peidro-, trasladarlo al Uruguay y legalizarlo sometiéndolo a la justicia militar, desaparecerlo, ultimarlo?); - son declaraciones tachables por la enemistad o resentimiento del declarante para con sus captores; - en sí mismas no son concluyentes ni refieren a Calcagno; - no es creíble que un detenido supiera qué estaban pensando o esperando sus captores.-

Que las autoridades nacionales pidieran el 6/5/77 la captura de los detenidos en Paraguay (fs. 182), tampoco prueba nada: - no resulta que esas personas hubieran sido trasladadas a Uruguay; - pudo deberse a desconexiones burocráticas entre reparticiones estatales; - un pedido de captura no significa encubrir una desaparición o un homicidio; - el suscrito abogado -ha de suponerse que habla el Dr. Langón - puede dar fe de ello ante el requerimiento de un familiar suyo muy querido, que no fue muerto ni desaparecido, de que al menos en un caso, el requerimiento no tuvo nada que ver ni estuvo vinculado a una ejecución previa de carácter extrajudicial.-

La generalización que hace la sentencia no es de recibo; - pudo deberse a estrategias de lucha contra la subversión o de desinformación, el dar datos falsos que pudieran confundir al “enemigo” en el esquema de confrontación que se vivía.-

Cuando los hechos han ocurrido hace tanto tiempo (una de las razones fundamentales que justifican la prescripción), la prueba debe ser más estricta, clara e inequívoca, porque los recuerdos se borran o alteran y “las personas fallecen”. Todo se hace borroso, los supuestos indicios no están acreditados, etc.

En segundo lugar, les agravia la inaplicabilidad del delito: un delito creado en 2006 no puede aplicarse a hechos ocurridos hace 33 años (1977). En lo que hace a los tribunales nacionales, la desaparición forzada, “en cualquiera de sus modalidades”, no es de *ius cogens* por cuanto el art. 21 de la citada ley no incorporó los elementos de la regla internacional que exige que los delitos se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, lo que desvirtúa la pretensión de imprescriptibilidad basada precisamente en cierta jurisprudencia internacional.-

En la segunda modalidad (supuestamente aplicable al caso) dado que Calcagno obviamente no privó de su libertad a los involucrados, es más claro que no puede ser imputado por la desaparición: no existe internacionalmente el concepto de desaparecido si no ha sido éste privado de su libertad, previamente, por el involucrado (detenido-desaparecido es un binomio inseparable).-

A nadie se puede exigir reconocer una privación de libertad en la que no participó, ni dar cuenta de la suerte o paradero de alguien al que no privó de libertad, por lo que la segunda modalidad no es internacionalmente aceptable.-

Este es un argumento suplementario respecto al de la irretroactividad de la ley penal. Incluso quienes pudieran admitir la aplicación del *jus cogens*, sosteniendo que la norma estaba vigente al momento de la comisión, no podrán mantener que esta figura, de factura exquisitamente nacional, integraba aquel derecho supra legal en 1977, lo que debe ser rechazado, como hasta ahora ha hecho la jurisprudencia nacional (refiere a la sent. 352/08 de TAP 2º, en trámite de casación en ese momento y transcripta antes del procesamiento, fs. 326 vto./328 vto.).-

El delito de desaparición forzada es inconstitucional en sus dos modalidades: a) instaura un delito de “mera sospecha”; b) vulnera el principio de incolumidad, o sea, el de permanecer callado, no declarar contra sí mismo y guardar silencio, derecho humano fundamental y garantía del debido proceso; c) invierte la carga de la prueba; d) atenta contra el principio o estado de inocencia. -

IV) Y el Ministerio Público aboga por confirmar la recurrida , fs. 381-395. **En cuanto a la prueba**, aduce que la Defensa desvaloriza los elementos probatorios y descontextualiza el viaje de Calcagno a Asunción, de la represión en la que él era partícipe (Plan Cóndor). La coordinación de inteligencia que se admite en la recurrencia, es el marco en que debe analizarse la actuación del encausado.-

No pueden aislarse los documentos, declaraciones e indicios, procurando despojar de toda trascendencia este viaje de Calcagno, desatendiendo las funciones que desempeñaba, su cargo específico en el momento de los hechos, el objetivo de su misión y el resultado final. La detención, tortura e

interrogatorio y el traslado de un grupo de uruguayos y argentinos, así como su alojamiento en centros clandestinos de detención, traslucen pautas de actuación como lo prueban que Dora Landi, Alejandro Logoluso y José Nell, que compartieron cautiverio en Paraguay, trasladados en ese vuelo, desaparecieron como Inzaurrealde y Santana.-

Calcagno no habrá intervenido en la detención de ambos -no estaba en Paraguay entonces- pero los servicios de inteligencia militar uruguayos respondieron prontamente a sus similares paraguayos, aportando toda la documentación que sindicaba a los detenidos como subversivos. El portador de esa información era Calcagno, a quien se cometió la indagatoria en Paraguay.-

Es falso que falta evidencia de su participación en los interrogatorios, cuando los documentos emanados de las autoridades paraguayas así lo ubican integrando el "equipo de trabajo" que se formó los días 5, 6 y 7 de abril de 1977, con connotados represores locales y argentinos. Él era el representante uruguayo y los testimonios recabados en Paraguay revelan que los prisioneros eran sometidos a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Los procedimientos empleados en cárceles y comisarías paraguayas durante la dictadura de Stroessner, además de ser un hecho notorio (denunciado a nivel nacional e internacional), resultan de los "Archivos del Terror", hoy sistematizados y disponibles para su consulta.-

Estos archivos fueron recogidos en copia auténtica por la COMIPAZ, luego por la Secretaría de Seguimiento y manejados en la Investigación Histórica, que es una publicación oficial cuyo contenido es prueba indubitable. No son fotocopias

simples, sino documentos duplicados, que se recibieron por diferentes conductos.-

Los mismos, más las declaraciones de Calcagno, deben interpretarse como lo indican las reglas de la sana crítica. El Jefe de la Compañía de Contrainformación de Uruguay, no iba a llevar un sobre cerrado y traer otro que le entregaron -como dijo- después de tres días de paseo (era Semana de Turismo).-

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

Quienes pudieron atestiguar el horror de las prisiones paraguayas (y de los centros clandestinos de Argentina) son sobrevivientes de esas políticas estatales de persecución y exterminio; o sea, testigos necesarios y valiosos.-

Las dictaduras militares de la región, no dejaron anotado a quienes detuvieron, torturaron, asesinaron o desaparecieron. Por eso la prueba debe reconstruirse trabajosamente. La impunidad con que se manejó la paraguaya y el hallazgo casi fortuito de sus archivos, determina que la peripecia de Inzaurrealde y Santana pueda ser reconstruida con bastante fidelidad, al menos en su primer tramo donde la intervención de Calcagno selló el destino de dos uruguayos detenidos primariamente por intentar obtener documentos falsos.-

El interés que la Defensa atribuye a las autoridades paraguayas, en punto a la “confrontación bélica”, “conflicto global entonces vigente entre los dos bloques en que se dividía entonces el mundo bipolar”, supone un posicionamiento que

se acerca a la nefasta doctrina de la Seguridad Nacional a la que parece adherir.-

Lo relevante es que en Paraguay imperaba una feroz dictadura que duró 35 años. Uruguay se había vinculado activamente a los gobiernos de facto de la región mediante un sistema operativo llamado "Plan Cóndor", que actualmente nadie duda de calificar como una organización criminal. En las operaciones realizadas bajo ese marco, más allá de las estructuras legales formales, la regla fue la actuación clandestina de los efectivos movilizados para cumplir las órdenes.-

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

Inzaurrealde y Santana intentaban huir, luego que los principales dirigentes del PVP fueran secuestrados en Buenos Aires, muchos de ellos trasladados clandestinamente a Uruguay y luego desaparecidos, a fines de 1976. El tema de la bandera lo introdujo Calcagno, en base a cuya declaración y a todo lo que resulta del expediente, en especial la que él mismo aportó (producida por el Servicio de Información de Defensa, dependiente de la Junta de Comandantes en Jefe), es de toda lógica inferir el contenido del interrogatorio a Inzaurrealde y Santana.-

Calcagno fue el agente uruguayo que intervino para señalarlos como subversivos y expresar la voluntad del gobierno uruguayo para su traslado. -

Si llegaron a Uruguay o desaparecieron en Argentina, es difícil saberlo; pero Pedro no declaró “de oídas”, estuvo con Inzaurrealde y fue interrogado en autos. A su regreso, Calcagno rindió su informe y trajo las actas, que fueron consideradas por los órganos militares de la época; todo está documentado.-

Pedro fue liberado (mayo de 1977) y es uno de los pocos sobrevivientes que ha dado testimonio sobre “El Atlético”, e ilustró acerca de los métodos empleados en ese centro de detención; Inzaurrealde y Santana, en cambio, desaparecieron.-

La acreditación de todos estos hechos no resulta de las actuaciones de la COMIPAZ, en cuyo ámbito solamente se recopiló información, testimonial y/o documental, que se venía recogiendo durante años. Lo que se admitió como prueba fueron los documentos auténticos, que la Secretaría de Seguimiento tiene bajo su custodia. Hubo sí, conclusiones de carácter general que son de recibo, porque se constató efectivamente la desaparición de personas previamente detenidas en establecimientos militares o en centros clandestinos regentados por militares, así como la práctica sistemática de tortura en estos sitios.-

Para llegar a esas conclusiones no se necesitaba interrogar en secreto a “fuentes” anónimas. Surgía de las conclusiones de la “Comisión Investigadora sobre situación de las personas desaparecidas y hechos que la motivaron”, que

funcionó en Diputados cuando la restauración democrática; también de los testimonios recibidos en sedes judiciales o ante organismos internacionales.-

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es el Estado quien detenta el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos bajo su jurisdicción, y a éste corresponde la carga de la prueba.-

En cuanto a la inaplicabilidad del delito, la Fiscalía contestó que la desaparición forzada es delito permanente, no sólo porque así lo estatuye el art. 21 de la Ley 18.026, sino porque esta característica estaba ya en las previsiones del art. 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (A. General de la ONU, Res. A/47/133 de 18/12/92); y en el art. III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, 1994). En la medida que la detención ilegal pervive, y/o la suerte de la víctima se desconoce, el delito se sigue cometiendo.-

Según el art. VII de la Convención Interamericana cit., al tratarse de un “delito continuado”, la acción penal y la pena no están sujetas a prescripción, salvo norma constitucional que lo establezca, en cuyo caso la prescripción será la del delito más grave en la legislación interna. A partir de la fecha de ratificación de la Convención, las desapariciones forzadas en las que aún no se ha establecido el paradero de la víctima, son delitos continuados (permanentes, en nuestro léxico jurídico).-

La Corte Interamericana ya había considerado la desaparición forzada como delito continuado. En las Excepciones Preliminares y en la Sentencia del Caso

Blacke contra Guatemala, la Corte aclaró que aunque la privación de la libertad ocurrió en marzo de 1985 y su muerte el 29 del mismo mes, al tratarse de una desaparición forzada, los efectos de este crimen se prolongaron hasta el 14 de junio de 1992, cuando las autoridades informaron de la muerte a sus familiares.

-

El delito subsiste como un “todo indivisible” más allá de la fecha en que se produjo la muerte, producida en el marco de una desaparición forzada. El art. 17 de la Declaración de NNUU, que es el más claro de los textos en la materia, dice: *“Todo acto de Desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”*.-

El estado antijurídico que perfila la desaparición forzada es actual y diferenciable de cualquier otro, porque se ataca una multiplicidad de bienes jurídicos, cuya vulneración era punible al momento de la detención. Y no cabe duda del carácter permanente de la segunda modalidad del art. 21 Ley 18.026.-

La SCJ analizó la hipótesis de delito permanente en un caso de violación de ddhh durante la dictadura, haciendo acopio doctrinario en el que se destaca el aporte de Manzini, para quien *“el delito permanente, ya sea cometido mediante acciones u omisiones, reproduce en cada uno de sus momentos todos los elementos necesarios para su existencia y represión”* (LJU caso 11.028).-

El art. 21.2 de la ley citada, dispone que el delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. De tal manera, prácticamente reproduce el art. III inc. 1

in fine de la Convención Interamericana sobre Desaparición..., que ya era ley vigente.-

Sobre esa base se han iniciado diversos procesos, aún en países donde con leyes de amnistía. En cuanto a la irretroactividad de los Tratados, la Convención de Viena (art. 28), establece: *“Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, **salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo**”* (la negrita es del escrito, fs. 392).-

El principio de irretroactividad tiene como excepción la voluntad de los Estados de que el Tratado produzca efectos respecto de actos o hechos anteriores. Y de la lectura del Preámbulo y del articulado de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (en particular los artículos III y VII) se desprende con claridad la intención de castigar las desapariciones forzadas no resueltas.-

En el caso, se trata de aplicar la ley interna vigente, votada por unanimidad y en medio de aplausos sin necesidad de recurrir al derecho penal internacional.

La Comisión del Senado recibió opiniones de la SCJ, de académicos, organizaciones de DDHH, etc. El art. 21 fue aprobado sin objeciones en Comisión y en Plenario de ambas Cámaras; el 21.2 fue considerado *“innecesario”* porque *“quien haya estudiado derecho penal, sabe que el delito de desaparición forzada es un delito permanente (no continuado, expresión que no debe figurar), o por lo menos un delito instantáneo con efectos*

permanentes, lo que a la postre es igual a los efectos de las consecuencias delictivas en tanto no se retrovierta en los hechos, esa situación de desaparición” (Prof. Cairoli).-

Aunque el texto no parezca afortunado, es Derecho Positivo y si se lo tacha de inconstitucional, cabe acudir a la SCJ, por vía de excepción o de acción. La no aplicación retroactiva de la ley penal es un principio universalmente reconocido por los ordenamientos jurídicos como consecuencia del principio de legalidad (*nullum crime sine legge/nulla pena sine legge*). Sin embargo, el derecho internacional es ilustrativo para determinar la naturaleza de la legislación penal aplicable. En tal sentido, el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que *“nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el **derecho nacional o internacional**”*. Para la Convención Americana sobre DDHH, *“nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos **según el derecho aplicable**”* (art. 9º). Y según el Pacto Internacional citado (al igual que el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 7º) reconoce una verdadera excepción al principio de irretroactividad de la ley penal en su art. 15.2: *“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**”*.-

La fijación de ese tipo de cláusulas en el marco de acuerdos sobre DDHH, no puede tener otro objeto que el habilitar el enjuiciamiento y castigo de actos

reconocidos delictivos conforme a los principios generales del derecho internacional. Es de resaltar que ellas se incorporaron con el propósito de responder a situaciones como las de la Segunda Guerra Mundial, donde los crímenes de lesa humanidad por los que fueron juzgados y condenados varios de los dirigentes nazis en los procesos de Nüremberg, no eran considerados delitos en la legislación nacional.-

No puede soslayarse que **la tortura y la desaparición forzada -entre otros crímenes aberrantes- son *per se*, atentados contra el derecho internacional, al entronizarse en crímenes de lesa humanidad alcanzados por el art. 6 lit. C del Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg, que codificaba acciones que la costumbre, basada en la justicia, reputaba como condenable** (Viera, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal).-

El *jus cogens* es fuente de derecho y pertenece a la categoría del orden público internacional, por lo que sus normas son de obligatorio cumplimiento.-

En Anzualdo Castro vs. Perú (setiembre 2009), la CIDH declaró: *“La Corte ha verificado la creciente consolidación de una perspectiva de la comunidad internacional y en particular del Sistema Interamericano, comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente o autónomo de la figura de la desaparición forzada de personas. En su jurisprudencia constante sobre este tipo de casos la Corte ha reiterado que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de completa*

indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. Se trata, en suma, de una grave violación de derechos humanos, dada la particular gravedad de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados, que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano y cuya prohibición ha alcanzado el carácter de jus cogens...” (párr. 59; la negrita es del escrito, como antes).-

La segunda modalidad del art. 21 no es una creación local. El Estatuto de la CPI no establece ninguna obligación de incorporar sus preceptos en el derecho interno a diferencia del resto de los tratados internacionales en materia penal. El autor (*sic*) del proyecto de ley (López Goldaracena), en su Exposición de Motivos, puso de relieve que se establecía como ppio. General el derecho y deber del Estado de juzgar los crímenes internacionales y, especialmente, los enumerados en el Estatuto de Roma. Se adoptó una modalidad de implementación modificatoria -que no es una copia- y de esa forma se tipificaron los crímenes de Lesa Humanidad -Actos Aislados- en el Título II, Capítulo 2. Se tipifican como crímenes de lesa humanidad, hechos aislados que se corresponde con la “*criminalidad gubernamental*” o el “*terrorismo de Estado*”; esto es, macrocriminalidad política, entendida como criminalidad del Estado hacia sus propios ciudadanos.-

El elemento “*ataque generalizado o sistemático*” no requiere que el mismo autor actúe en todos los casos. Antes bien, un único asesinato (*single act*) puede ser constitutivo de un crimen contra la humanidad cuando ese

hecho individual forma parte de la relación funcional de conjunto: *“Para ser un crimen de lesa humanidad se necesita de una gran escala de violaciones, pero una fracción de esas violaciones también implica en su comisión (hasta misma fracción de un crimen, como el de desaparición forzada de personas). Este es un punto esencial en el momento de la implementación: la concepción general no puede evitar la represión penal concreta. Por “sistemático” entiéndese el ataque constituido, al menos en parte, por actos cometidos por una política o un plan, por una práctica repetida por un período de tiempo...”* (Dal Maso, La Tipificación de los Crímenes de Genocidio y de Lesa Humanidad en el Derecho Doméstico..., Porrúa, p. 913 ss.)-

La compleja acción típica de la Desaparición Forzada se precisa mediante su descripción acabada en los Elementos de los Crímenes, y allí puede verse que la hipótesis omisiva está contenida en esos elementos. Desde un punto de vista objetivo el tipo diferencia dos alternativas de actuación: la privación de libertad y la negación de la información. En las sesiones de Roma se impuso la tesis de regular la desaparición forzada de personas como un crimen contra la humanidad autónomo, diferenciándolo de la privación de libertad u otras modalidades de crimen contra la humanidad. Las definiciones del artículo 21, cuya aplicación se pretende, tanto en su hipótesis comisiva como omisiva, se adecuan a los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la CPI para el art. 7.1 lit. i. La comisión de estos actos de desaparición forzada que se investigaron en autos, encuadrados en el Terrorismo de Estado que imperó en la región, son delitos de lesa humanidad.-

V) La A- quo rechazó el recurso de reposición (fs. 397-417) y franqueo la apelación. Recibidos en ésta Sede, los autos pasaron a estudio y se citó para Sentencia que fue acordada en legal forma (fs. 418 y sgts).-

CONSIDERANDO:

I) La Sala, por mayoría de sus integrantes, confirmará la recurrida por no compartir los agravios del recurrente, relativos a la prueba y a la imputación.

En mérito a la provisionalidad del enjuiciamiento (art. 132 CPP), se valora que existen suficientes elementos de convicción para legitimar ese acto coercitivo; esto es, hay fundamento suficiente, según la sana crítica, para estimar que el imputado tuvo participación en el hecho de apariencia delictiva que le fuera atribuido (art. 125).

II) En cuanto a los hechos.

Resulta una verdad notoria que los hechos que culminaron en la desaparición de Inzaurrealde y Santana, se dieron en el marco del sistema de cooperación internacional denominado “Plan Cóndor” a través del cual varios países de la región gobernados por regímenes dictatoriales, entre los que se hallaban sin dudas (al menos) Uruguay, Argentina y Paraguay, habían resuelto coordinar esfuerzos para “neutralizar” la presencia de exiliados disidentes u opositores.

Ello se tradujo en la ejecución de arbitrarias e ilegales detenciones y torturas de un sinnúmero de personas, traslados clandestinos de un país a otro, así como

la desaparición y asesinato de muchas personas calificadas como “sediciosas” o “subersivas” (Ver informe del Consejo Económico y Social de la ONU, fs. 47-103, Anexo I).-

Y ese es el contexto histórico donde cabe situar la conducta reprochada a CALCAGNO. Porque es indubitable que tanto SANTANA como INZAURRALDE, desde su condición de refugiados en la República Argentina, habían desarrollado una activa militancia opositora, al punto que en el año 1975 llegaron a ser miembros fundacionales del entonces clandestino PVP (ver actas de fs. 15-25, fichas prontuariales y abundante material que ésta en los Anexos). Esta actividad fue justamente la que los transformó en “blancos” del accionar de los organismos oficiales represores. También está probado que al año siguiente (1976), una vez que las autoridades nacionales de la época tomaron conocimiento de la existencia de estos grupos (que desarrollaban su actividad en territorio argentino), se puso en marcha la tan mentada “cooperación internacional”, primero solapadamente (durante las presidencias de Perón y de su viuda, que en el marco del Estado de Sitio existente buscaban, a través de diversas formas de represión desarrolladas por fuerzas policiales o para policiales que estos se vieran obligados a salir del país), y luego desembozadamente, una vez instalado a partir del 24 de marzo de 1976 el gobierno Militar (ver informe de la ONU en el Anexo I), que culminó, según declaró el propio Inzaurrealde a las autoridades paraguayas (fs. 18) con la desintegración del grupo, al punto que se decidió que sus miembros con la premura del caso, abandonaran territorio argentino. Siendo a partir de allí que ambos comienzan un largo periplo con la finalidad de ingresar a Brasil y obtener en una oficina de ONU visas para viajar a Europa como asilados

políticos, en cuyo transcurso ingresaron en forma clandestina a Paraguay (Inzaurrealde el 20.3.1977 y Santana el 21.3.1977).-

Santana e Inzaurrealde fueron detenidos por la policía paraguaya en una pensión de Asunción el 28 de marzo de 1977. Fueron interrogados y torturados (como da cuenta un testigo que declaró en Paraguay, según el Exhorto), en el Dpto. de Investigaciones de aquel país. Calcagno viajó a Asunción en misión de inteligencia (desde 1976 comandaba la Compañía de Contrainformación), donde según memorándum rescatado de los "Archivos del Terror" que llevaban las autoridades paraguayas, integró un "equipo de trabajo" que profundizó los interrogatorios de esos integrantes del PVP, los días 5, 6 y 7 de abril de 1977. El 16 de mayo de ese año, según otro documento (recibo de entrega de los detenidos), los dos uruguayos (junto a otros), fueron trasladados clandestinamente en un avión militar argentino a Buenos Aires.-

El primer documento es un parte del Crio. paraguayo Alberto B. Cantero al jefe del III Departamento de Investigaciones que dirigía Pastor M. Coronel, en el que explicita las "*tareas*" desarrolladas por un "*equipo de trabajo*" que interrogó a Inzaurrealde y Santana los días 5, 6 y 7 de abril de 1977. **Según ese recaudo en el que se basó el procesamiento, el "equipo" lo integraban el coronel Benito Guanes, el teniente coronel Galo Escobar, el teniente primero Angel Spada, y el sargento Juan Carlos Camicha de Paraguay, los agentes José Montenegro y Alejandro Strada del SIDE argentino, y el mayor Carlos Calcagno de Uruguay: "Interrogados minuciosamente cada uno de los detenidos, no aportaron mayormente datos nuevos a los ya**

conocidos y que en su oportunidad esa jefatura ya elevara a la superioridad”, concluye el parte que informa anodino, el resultado de semejante indagatoria.-

El documento adjuntaba *"Antecedentes Históricos de FAU, ROE y OPR 33", "Antecedentes de Inzaurrealde y Santana Scotto", "Organización del PVP antes de mayo de 1976", y "Organización del PVP después de mayo de 1976".*

Por eso constituye un exceso decir que se procesó a Calcagno como pudo hacerse con cualquier militar uruguayo de la época, sin ningún indicio de su participación en la privación de libertad, tortura y desaparición de los dos uruguayos detenidos en Asunción.

También lo es, decir que la prueba relevada para procesar se haya conseguido por la Comisión para la Paz: la documental existía antes de su intervención y proviene de su hallazgo en Paraguay; la testimonial fue recibida en sede judicial con todas las garantías.-

La prueba documental emanada de autoridades paraguayas de la época, que involucran a Calcagno, fue rescatada de archivos llevados por la dictadura de Ströesner y no se vislumbra motivo para incluirlo (“embagayarlo”, como dijo) en el “grupo de trabajo” que en abril de 1977 “profundizó” la indagatoria de Inzaurrealde y Santana. Las actas y memorándum integraban los “archivos del terror”, que llevaban los represores de aquel país, por lo que deben reconocerse como fuente válida y eficaz de información.

Por su parte Calcagno no articula una explicación plausible para su inclusión en el “equipo de trabajo”: y valorar como deficitaria su

justificación en el punto, no es invertir la carga de la prueba. Ciertamente es que al rechazar el recurso de reposición la Sra. Jueza, “traslada” indebidamente, conceptos relativos al “deber de colaboración” (fs. 402 vto.-403), cuya vigencia es jurisprudencialmente reconocida a partir del CGP, pero que no rige en materia penal (donde la Constitución –art. 20- prohíbe la autoincriminación). **Pero ese *lapsus calami* no desmerece la precedente justificación probatoria.–**

Ambos desaparecidos fueron detenidos, junto a una decena de personas extranjeras, a fines de marzo, por vigilancia, sospecha o delación de la mujer contactada para proporcionarles pasaportes falsos con los que huir desde Paraguay (donde la política de exterminio de personas consideradas peligrosas por opositoras, marxistas, etc., como en Argentina, está probado y/o es ya, hecho notorio).-

Como se dijo, Calcagno admitió haber viajado a Asunción con motivo de la detención (fines de marzo) de esos “subversivos”. Dice que le habían encomendado averiguar por la bandera de los 33, pero aunque es conocido que existía interés militar por recuperarla, la pregunta no figura en las actas (fs. 14/20, 22/26). Quizás se hizo, quizás los paraguayos se olvidaron del tema, si es que Calcagno no participó en los interrogatorios. Pero esta versión es poco verosímil; por eso la *A quo* actuó con objetividad cuando argumenta que no cree en ella. Entiende que, como seguramente los interrogatorios fueron practicados bajo tortura, es natural que Calcagno utilizara el objetivo de la bandera y el sobre conteniendo los antecedentes, para desvincularse de su ubicación en el “equipo de trabajo” y

de los interrogatorios cuyo resultado consumó el ocultamiento de los Inzaurrealde y Santana.

Ese razonamiento que involucra ineludibles generalizaciones (como en definitiva son las máximas de experiencia) sobre lo que sucedía en la época, supone, acumulativa o alternativamente, que: a) Calcagno interrogó y torturó; b) produjo o colaboró en el informe a la Junta de Comandantes (como parece lógico, aunque no participara en los interrogatorios); c) consintió la entrega de los detenidos (en cuya inicial u originaria privación de libertad, no participaron militares uruguayos); d) los militares uruguayos tenían libertad para “rescatar” a elementos subversivos que operaban en otros países adheridos al plan Cóndor (dudoso); e) la publicitada requisitoria se hizo para despistar. Esta última de las alternativas planteadas por los apelantes acerca del motivo de esa requisitoria (contemporánea a cuando Inzaurrealde fue visto por última vez por Peidro en el Centro de detención “El Atlético), es compatible con el enjuiciamiento.

En el contexto del Plan Cóndor - ampliamente descrito de fs. 583 a 586 vto. del testimonio acordonado -, debería reputarse que Calcagno operó -y es razonable- como el agente uruguayo encargado de “aportar” la identificación o antecedentes que “permitió” obtener más información, sin necesidad de compartir la inferencia de que estuvo presente en las sesiones de tortura.-

Porque poco después del informe producido al regreso a Uruguay (30/4/77), sobre desmantelamiento del PVP, que operó la entrega (16/5/77) coordinada entre militares argentinos, policías paraguayos, y

necesariamente (dado el Plan Cóndor y la nacionalidad de Inzaurrealde y Santana, sus “planes subversivos en Uruguay”, etc.), con militares uruguayos (fs. 117 del expdte. de extradición). Y se sabe que los argentinos llevaron a los detenidos en avión a Buenos Aires, donde Inzaurrealde fue visto en “El Atlético” a fin de mayo (fs. 156 y ss.); de Santana no se supo más.-

Entonces, hay suficientes elementos de convicción para involucrar a Calcagno en la desaparición forzada de dos sediciosos, lo que dada la época y el contexto, era un hecho “normal”, por lo que no hubo ni cabe hablar de inversión de la carga de la prueba en cuanto a su destino.

El enjuiciado, a la sazón, Jefe de la Compañía de Contra información del Estado Mayor del Ejército, viajó a Paraguay para entregar un sobre al Coronel Guanes porque en Asunción tenían *“unos detenidos que podrían saber de la bandera de los Treinta y Tres orientales...sé de los nombres de los uruguayos porque me lo dijeron y de las circunstancias en que fueron detenidos porque me lo dijo Gallo Escobar...”* (fs. 300-301).-

Esta, su versión exculpatoria, no enerva las conclusiones de la apelada. Al negar su participación en los interrogatorios <aún cuando admitió conocer a Alberto Cantero, quien la fue presentado por su “anfitrión” Gallo Escobar, cuando se venía>, niega lo consignado en el informe que éste elevara al Jefe del Departamento 3 de Investigaciones Pastor Coronel el 9 de abril de 1977. Dijo desconocer el contenido del sobre, limitándose a una tarea de “correo”. También adujo ignorar la forma en que la Junta de comandantes en Jefe obtuvo la información sobre las declaraciones de Inzaurrealde en Paraguay.

Tales dichos no impiden el progreso del proceso penal, máxime cuando impuesto del contenido de los recaudos, el encausado se limita a aseverar que *“me jugaron sucio los paraguayos”* o *“me embagayaron”*, sin percibir actualmente la Sala, razones (aparentes ni declaradas) de los motivos que tendrían o pudieran tener los represores paraguayos para endilgar al imputado la participación que éste niega: *“...para que los márgenes de incertidumbre puedan verse reducidos tanto como sea posible, es fundamental que la inferencia judicial tenga siempre un referente empírico bien identificable, que haga posible afirmar con rigor si las proposiciones relativas a él son verdaderas o falsas, evitando que bajo la apariencia de enunciados descriptivos se formulen sólo juicios de valor”* (Ibáñez, En torno a la jurisdicción. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, del Puerto, 2007, p. 201/202). En igual sentido: *“...para cualquier conjunto de datos es posible construir a posteriori una hipótesis que los abarque. El caso más claro en el proceso penal sería la defensa a través de la hipótesis del complot contra el acusado. Así, a cada nuevo elemento de juicio que aparezca contra él, la defensa alegará que se trata de una prueba deliberadamente construida para implicar al acusado...estamos ante una estrategia de formulación de hipótesis <ad hoc>, en el sentido de que ella misma no es empíricamente contrastable...”* (Ferrer Beltrán, La valoración racional de la prueba, Marcial Pons, 2007, p. 149).

La prueba de cargo reunida, desacredita por ahora esos dichos. La comunicación a los militares uruguayos acerca de la detención de Inzaurrealde y Santana, por los paraguayos, obedeció a las tareas de coordinación para la represión a las que ya se aludió (Plan Cóndor). Y teniendo presente las

especiales “características” de los capturados y de la organización que integraban –como agudamente se indica en la primera instancia- es razonable presumir que a las autoridades extranjeras les resultaba imprescindible contar no solo con los antecedentes que el Uruguay pudiera tener de ambos (fs. 179) y de los grupos que integraban, sino además contar con la presencia de un Oficial con la formación y capacitación adecuada que pudiera brindar a sus colegas extranjeros una idea acabada de la actividad y operativa clandestina de la organización. Inzaurrealde “*sería el máximo dirigente del PVP que aún permanecía en tierra Sudamericana*” (Anexo III, fs. 89 y 93-94).

Calcagno no era cualquier oficial a quien se podía asignar tareas de “correo”. Era “...*una persona de mucho peso era Oscar 2 en la OCOA, participaba en los interrogatorios y tenía mando sobre el servicio de inteligencia. Los “pesados eran Rama y Calcagno, que eran Oscar 1 y Oscar 2 ... tenían poder de mando y decisión...”* (fs. 157).-

Esto es lo que parece reflejar el informe fechado el 9 de abril de 1977 (recabado a través de exhorto internacional) elevado por el Comisario Insp. Alberto Cantero al entonces Jefe del Depto III de Investigaciones de la Jefatura de Policía de Asunción (Anexo II, fs. 148), pues allí no solo se da cuenta de la valiosa documentación que Calcagno aportó: “Antecedentes históricos de FAU – ROE- OPR 33 “Antecedentes de Inzaurrealde y Santana Scotto. Organización del PVP antes de mayo de 1976. Organización del PVP después de mayo de 1976” (todo lo que era importante para orientar los interrogatorios); sino también de las actividades del “equipo de trabajo” internacional que se constituyó como consecuencia de dichas detenciones, y que funcionó durante 3

días (5, 6 y 7 de abril de 1977) y también de su conformación (Guanes, Galo Escobar, Spada, Camicha, Montenegro, Stada y el imputado).-

Otros documentos hacen también a su intervención. Así en la Investigación Histórica sobre detenidos desaparecidos (en cumplimiento del art. 4º de la ley 15848, tomo III p. 52, fs. 12 del anexo III) se hace un resumen de las actividades cumplidas en las reuniones de coordinación a las que se hizo referencia, entre organismos de Paraguay, Argentina y Uruguay, en las que intervino Calcagno.

El informe “reservado” agregado a fs. 179-180 fechado el 30 de abril de 1977 procedente de la Junta de Comandantes en Jefe – Servicio de Información y Defensa, Depto. III (que según Calcagno se halla evaluado como A-1: verdad, confirmado), en el que se hace una importante referencia a la información “extraída” a Inzaurrealde durante los interrogatorios en el Paraguay, da cuenta de datos de inestimable valor para las autoridades militares uruguayas sobre la situación del PVP en Argentina y de sus miembros en fuga: “...*estaría prácticamente destruido, quedando elementos que no son de nivel, esperando salir del país de un momento a otro*”. Además sobre la función de Inzaurrealde en ese contexto: “*Al destruirse la organización en el año 1976, el quedo al frente de una parte de la misma... con la sola consigna de tratar de sacar del país al resto*”. Y véase que no menos importante a los fines de la represión eran los nombres y datos de los pocos integrantes que aun permanecían en Argentina y Brasil y las tareas desestabilizadoras asignadas y pretendían cumplir.-

En suma: de las consideraciones precedentes puede concluirse *prima facie*, que la versión del imputado y sus explicaciones, a la luz de las piezas convictivas reunidas, no son eficaces para provocar la clausura del sumario. La prueba reunida justifica presumir el protagónico papel que desempeñó en la oportunidad. Y la información obtenida de Santana e Inzaurrealde, resultó determinante para lo que pasó después: su traslado clandestino a Buenos Aires, la aparición de Inzaurrealde en un centro de detención también clandestino y finalmente, la desaparición de ambos (fs. 198), y la más que probable muerte intencional de ambos.-

III) En cuanto al derecho aplicable.

Para la Sala en mayoría, no son de recibo los agravios relativos a la aplicación del art. **21 de la Ley 18.026**: “ *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 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.*

“*21.2. El delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.*

“21.3. El juez podrá considerar como atenuantes del delito de desaparición forzada de personas las siguientes circunstancias: a) Que la víctima sea puesta en libertad indemne en un plazo menor a diez días; b) que se informe o actúe para posibilitar o facilitar la aparición con vida del desaparecido.”.-

Previo a la vigencia de la norma citada, enjundiosas construcciones doctrinarias y jurisprudenciales (nacionales y extranjeras) pretendían justificar la necesidad de persecución criminal de los llamados delitos de lesa humanidad. Acuden al derecho internacional –normas de *jus cogens*– y su aplicación en el orden interno, lo que ha aparejado severas críticas respecto a la vigencia del orden constitucional de cada uno de los Estados. Así, algunas referían que si para castigar conductas como la de autos, desaparición forzada de personas, resultaba necesario acudir al *jus cogens* (art. 53 Convención de Viena) porque con él se conceptuaban protegidos los derechos fundamentales inalienables, se vulneraba la jerarquía constitucional del principio de legalidad formal y con ella los cimientos del debido proceso legal.-

Claramente el Derecho Penal Internacional ha evolucionado desde la vigencia de los convenios de Ginebra (1949) y su Protocolo Adicional (1977), llegando el progreso a la instalación de la Corte Penal Internacional. Pero el fin siempre ha sido el mismo: lograr la persecución y castigo de los autores de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario. Y en todas las épocas ha propendido a obligar a los Estados Partes a adoptar las medidas legislativas necesarias para sancionar a los responsables. Esto surge claramente del Estatuto de Roma, en tanto se establece la complementariedad (art. 17): *“no establece ninguna obligación de castigar penalmente los crímenes que allí se*

exponen por cuanto descansa sobre la concepción general de que la persecución de crímenes internacionales es tarea primaria de cada uno de los estados... la Corte Penal Internacional solamente puede actuar cuando por razones de tipo jurídico o factico fracasa la persecución a nivel nacional...”; “...en el ámbito regional la convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas contiene reglas de punición bastante precisas y estrictas...” (Grammer, Adaptación del Derecho Penal Nacional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2004).-

De las razones esgrimidas por unos y otros sobre la legitimación de un tipo penal independiente, hay una aceptada por todos: el carácter pluriofensivo de esta figura. La participación estatal en la privación de libertad y su ligamento con el ocultamiento de dicha privación, *“fundamentan la afectación esencial de bienes jurídicos del desaparecido...se puede sostener que a través de la desaparición forzada se da lugar a una pluralidad de afectaciones de bienes jurídicos en tres niveles: 1. El desaparecido se ve lesionado en su libertad personal y sobre todo se pone en peligro la totalidad de sus bienes jurídicos. 2. Las personas cercanas se ven lesionadas en su integridad personal, en particular en su estrecha relación personal, lo que en ocasiones puede llevar a un tratamiento inhumano. 3 – 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 “*, (ob. cit. p. 822).-

Pero Desde la vigencia del art. 21 de la citada la nacional, esta discusión es estéril.-

Al adecuarse los hechos enjuiciados, a la tipificación delictual adoptada por la primera instancia, para la mayoría de la Sala, no se violentan los principios de irretroactividad de la ley penal menos benigna, ni las reglas de la prescripción: *“...las leyes penales que configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia...”*, art. 15, inciso 1º del Código Penal (*De la ley penal en orden al tiempo*).-

La inexistencia de la consagración del delito hasta el 25 de setiembre de 2006, desde cuando rige la ley 18.026, no contradice este precepto, ni tampoco los principios fundamentales del derecho penal, principalmente el de legalidad (*nullum crime sine legge*). **Y esto es así, porque la desaparición forzada es y se trata como un delito permanente. Este carácter asignado al delito, acarrea efectos particulares sobre su aplicación temporal.**

El art. 119 del CP señala que para ellos, la prescripción comienza a partir del día en que cesó la permanencia; o sea, cuando se produce la terminación de la situación antijurídica, constituida en el caso, por el voluntario ocultamiento (conducta o modalidad omisiva) del paradero de los detenidos: *“Ha sido muy discutido en doctrina el sostener que el paso del tiempo lleva la extinción de los delitos. Lo cierto es que este instituto tiene acogida en nuestro sistema, fundándose en un criterio de oportunidad referido a las inconveniencias que plantea la persecución de los crímenes pasado un cierto lapso.*

“No sólo razones de dificultades procesales, procesos de olvido de parte de los testigos, cambio de personalidad del justiciable, eventual recuperación, llevan a

pensar, y así lo hizo nuestro legislador, que es razonable fijar un tiempo más allá del cual el Estado declina su potestad de castigar.

“No obstante ello, gana terreno en el plano doctrinario, y aún en el convencional, por lo menos a nivel internacional, excluir de la prescripción a los delitos graves, particularmente los delitos de lesa humanidad, cuya figura más trascendente probablemente sea, junto a los crímenes de guerra, las conductas genocidas.

“En estos casos se aprecia claramente la naturaleza retributiva, sancionadora de la pena, y los ideales de justicia que a través de ella se pretenden lograr por parte de la humanidad, como es evidente en los casos de persecución internacional de los criminales de guerra nazis, perseguidos a nivel planetario por todas las jurisdicciones que han podido atraparlos y realizar un juicio, pese a que la pena pudiera parecer <<innecesaria>> a los fines de la prevención especial...” (Langón, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Del Foro, 2006, pp. 534/535).-

En subsidio, si la desaparición forzada de personas es delito de lesa humanidad, sería imprescriptible: *“Nuestra Constitución no ha establecido la imprescriptibilidad de delito y de pena de ninguna especie, lo que permite sostener que el legislador está legitimado para consagrarla para los que lo repute conveniente...En la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de **lesa humanidad**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en su art. I, estableció que son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido los delitos que enumera,*

entre otros...los crímenes de lesa humanidad...,<aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos>

*“En la resolución 3075 (XXVIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1973, se aprobaron los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de **lesa humanidad**, cuyo art. I, los considera implícitamente imprescriptibles, desde que dice así: <Los crímenes de guerra y los crímenes de **lesa humanidad**, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas>*

“El art. 27 del estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia...también establece la imprescriptibilidad de los delitos sometidos a su competencia” (Lanziano, Derechos Humanos, 1998, p. 160).

El carácter múltiple del bien jurídico afectado, también contribuiría a “exceptuar” este delito (permanente) del principio de irretroactividad de la ley penal, otra de las manifestaciones del principio de legalidad, cuyo fundamento se encuentra en las antípodas: “...asegurar, mediante la vinculación del poder del Estado a la ley abstracta, la **libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad...” (Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado, Edmundo S. Hendler -comp.-, Bs. Aires, 2004, p. 308).**

Sin embargo, alcanza señalar que como delito permanente, la ofensa se prolonga en el tiempo y no se trataría de ninguna excepción a esas dos manifestaciones del principio de legalidad. La afectación de los múltiples bienes reconocidos es sostenida por la conducta voluntariamente omisiva (anterior al enjuiciamiento) de Calcagno, de quien cuando menos por ahora, no hay motivo para creer en su proclamada ignorancia de la suerte corrida por los dos uruguayos detenidos en Asunción y que cuyo interrogatorio participó y/o informó a sus superiores. Poco después, Inzaurrealde y Santana fueron requeridos por las mismas autoridades que los ocultaban (no es aceptable el argumento de la compartimentación o desconexión de la burocracia militar), y todavía hoy, siguen desaparecidos: no fueron hallados con vida, ni se encontraron sus restos.

El deber de informar (anterior a este y cualquier otro proceso) no cesa con la pérdida de la condición de agente estatal (cuando Calcagno pasó a situación de retiro), dada su participación en el ocultamiento que sobrevino a la detención que él conoció; contribuyó a desinformar.

La naturaleza permanente-omisiva del delito en cuestión, impone su aplicación inmediata a la situación antijurídica propiciada y/o mantenida por el encausado. Así ha concluido el Tribunal Constitucional de Perú, que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable: *“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 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 quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal” (STC Expdte. 2488-2002-HC/TC. Fundamento N° 26). Lo mismo ha declarado la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en Sent. de 29 de junio de 2004, desde que transcribe y hace suyas las conclusiones de la CIDH en el caso Blake (Guatemala, 24/1/98) también transcritas por el M. Público. El delito tiene como presupuesto básico la privación de la libertad, legítima o ilícita; pero lo colorea la ausencia de informar sobre la detención o el paradero de la víctima o su cadáver. Y el bien afectado es múltiple, no solo la vida y la libertad: “155. La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal (...)

156. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal”.

Tales pronunciamientos (internacionales y nacionales extranjeros), coinciden en que el delito se aplica a los casos que siguieron a

detenciones practicadas con anterioridad a la vigencia de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada. Ello, porque la conducta perdura mientras subsista el deber de informar, anterior al proceso y que por tanto solo efectivamente puede verse en su castigo, vulneración de la prohibición de autoincriminación.

Merced a la información “recogida” por Calcagano (personalmente o no), contribuyó a que el Estado ocultara deliberadamente el paradero de Inzaurrealde y Santana.

La tesis de la desaparición forzada como delito pluriofensivo, ha sido desarrollada por la CIDH en sent. de 2009 transcrita en contestación de recursos.

La tesis “lógica” de que todos los desaparecidos han muerto, y por eso hay privación de libertad seguida de homicidio, presupone que la desaparición forzada únicamente tutela el derecho a la libertad y a la vida, no condice con todos esos desarrollos: “Primero que todo la libertad, pero también un respeto general a la persona humana, a su dignidad y trascendencia en el mundo social, lo que también aparece reconocido en el artículo 6 de la Carta Internacional de los Derechos humanos y en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Y ello se expresa en la posibilidad de una multiplicidad de actos en la vida jurídico –social, que aparecen negados con el desaparecimiento, desde los más simples y personales, hasta el ser reconocida su muerte. Es esto lo que hace aumentar enormemente el****

daño de este hecho, constituyendo un ataque más profundo que el simple homicidio, pues no sólo afecta la vida, sino al hombre en todas sus dimensiones y, por ello, con razón se ha castigado en España con las penas del asesinato” (Bustos Ramírez, Obras completas, T. II. Control Social y Otros Estudios, Ara Editores. Lima, 2004, p. 423).-

Como se dice en la discordia del Presidente de la SCJ Dr. Leslie Van Rompaey a la Sentencia N° 1511/2011: “...*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... 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.... Porque aún muertas, las víctimas permanecen desaparecidas*”.-

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es más amplio que el derecho a la vida y a la integridad física , y se lo niega cada vez que se niega a un ser humano su condición de sujeto de derecho: “*El derecho a no tener la calidad de desaparecido es corolario de todos y cualesquiera derechos humanos de que está informada toda persona, siendo uno de los más aplicables al respecto, cuando la desaparición responda a un procedimiento imputable a funcionarios del Estado... Toda persona, por ser titular de todos los*

derechos humanos, goza en consecuencia de su derecho a no tener la calidad de desaparecida, lo cual está asegurado por garantías jurídicas y sociales, las que son sumamente intensas y efectivas, cuando se está inmerso en un Estado de derecho.

*“Entre los objetivos más importantes, atinentes a los desaparecidos, se encuentran los de lograr su encuentro; procurar reducir tan repudiable práctica; responsabilizar a los que cometen las acciones; y tratar de que se considere por el mayor número de naciones, crimen de **lesa humanidad**, a fin de que por su proyección universal, sean los responsables juzgados competentemente por tribunales internacionales, supletoria o concurrentemente, con las jurisdicciones internas correspondientes” (Lanziano, ob. cit., p. 235).-*

La Desaparición Forzada (A. General de la ONU, 1992) prescribe que “todo acto de desaparición forzada de personas será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos” (art. 17).-

La Ley 18.026 optó por duplicar la naturaleza per se omisiva de ese delito, al considerar punible la mera omisión del agente estatal en informar el paradero de un detenido. La naturaleza en realidad siempre omisiva, explica el carácter permanente asignado al delito, porque opera sobre la ocultación y no sobre la conducta inicial.-

La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1992) también sanciona la negación a revelar la suerte o el paradero de las personas previamente arrestadas, detenidas o en

general privadas de libertad, sea por agentes estatales o particulares que actúen en representación o con el apoyo del Estado o a reconocer que están privadas de libertad. En el mismo sentido, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) la define en el artículo II: “...se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas (...) que actúen con la autorización, el apoyo o aquiescencia del Estado, **seguida** de la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona.”

La CIDH declaró en Sentencia de “La Cantuta”, que “...El denominador común en todo el proceso era la negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido” (párrafo 80.5).

La Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas dice: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por <desaparición forzada> el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley” (art. 2º).-

Sobre el carácter permanente del delito de desaparición forzada de personas, el Presidente de la Corte Interamericana de DDHH Diego García-Sayán, ha sido categórico: “...la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha dicho lo que también han señalado muchos tribunales...como la Corte colombiana o la

Corte de Perú: que las desapariciones forzadas son delitos permanentes y continuados, y que su prolongación en el tiempo, con posterioridad a la fecha de la creación de la figura delictiva en el derecho interno de los países, permite que se aplique la tipificación de la desaparición forzada. Y si hay sentencias firmes, personas condenadas por la justicia por ejemplo se ha aplicado la figura en Perú, en el caso de la desaparición del estudiante (Ernesto) Castillo Páez, por la que oficiales de la Policía fueron condenados a penas de más de 30 años en base a una tipificación dictada con posterioridad al inicio de la desaparición. Pero como el hecho se mantendría en el presente, se aplicó la figura.

“...lo que dice la Corte Interamericana –en la sentencia del caso Gelman- no es una golondrina que no ha hecho verano, sino una perspectiva que va dentro de otros espacios de tribunales internacionales y también de tribunales latinoamericanos: la aplicación de la figura de la desaparición forzada bajo ninguna circunstancia se interpreta como una aplicación retroactiva de la ley penal, sino como aplicación inmediata en base a un delito que todavía se prolonga.

“Por ello, de aplicarse la figura de desaparición forzada, la discusión de si se trata o no de crímenes de lesa humanidad –y por tanto imprescriptibles- pasa a un segundo plano, porque el delito debe sancionarse al estar cometándose ahora mismo...La Corte Interamericana se pronunció sobre casos de desaparición...la descripción jurídica que ha hecho en este caso la Corte Interamericana, sin invadir la competencia de los tribunales penales nacionales,

es que estamos ante una desaparición, que por tanto se sigue cometiendo hoy”
(entrevista publicada por Semanario Brecha, de. 8.7.2011 , pág. 8).-

A pesar de que el tipo contempla como presupuesto de la conducta típica una comisiva (privación de la libertad), la específica es la omisión de informar la suerte o paradero (ocultamiento, desaparición). El deber de informar (anterior al proceso), nace cuando el sujeto adquiere la posición de garante, lo que para el caso se verifica cuando el agente estatal asume el compromiso institucional de responder por la intangibilidad del sujeto detenido. **Quien como Calcagno ha contribuido a una situación de peligro para una multiplicidad de bienes jurídicos (la suerte de Inzaurrealde y Santana quedó sellada con su informe), está obligado a evitar que se convierta en lesión, so pena de considerar que la producción de ésta sería atribuible a ese sujeto, como su causación. No se requiere coincidencia de autores; por eso es que Calcagno fue reputado coautor.**

Por otra parte, como con manifiesta claridad se afirma en discordia citada: “ ... *de no compartirse la precedente aseveración (refiere a la calificación como delito de lesa humanidad), 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 practicas 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 nacional... 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...”.-

En suma: es aplicable este injusto al supuesto de dos personas que fueron primero privadas de libertad en 1977 por las autoridades paraguayas, que coordinadamente con Calcagno (agente estatal uruguayo) mantuvieron su detención en condiciones irregulares y que información obtenida mediante su conducto, llevaron a desinformar el paradero, que todavía se desconoce por deliberada y contumaz omisión en informar por quienes como el encausado, participaron en la represión de agentes subversivos.-

La tesis de que Calcagno solo se dedicaba a capturar integrantes del MLN, es inconsistente, desde que viajó a Asunción con motivo de la detención de Inzaurrealde, en clara misión de inteligencia que era acorde a su rango y nivel de responsabilidad en el combate contra la sedición.

Demás está decir que si se consideraba que el art. 21 de la Ley 18.026 era inconstitucional (a pesar de concordar con las convenciones multicitadas), debió provocarse la intervención de la SCJ para que así lo declarara. No es utilitaria la crítica de que consagró un delito de sospecha, violatorio del principio de inocencia, etc.-

Por último, no se vislumbra la trascendencia que le asignan los recurrentes (y el M. Público), a la diferente formulación del tipo penal,

respecto de sus antecedentes de derecho internacional penal, para dilucidar la alzada.-

POR CUYOS FUNDAMENTOS, y lo previsto en los arts. 125,126, 252 y ss del Código del Proceso Penal, EL TRIBUNAL,

RESUELVE:

CONFÍRMASE LA RECURRIDA. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN CON LAS FORMALIDADES DE ESTILO.-

Dr. Alberto Reyes Oehninger

Ministro

Dra. Anabella Damasco Solari

Ministra

Dr. Sergio Torres Collazo

Ministro//DISCORDE: solo en cuanto al derecho aplicable, en lo que estimo de recibo el agravio de la Defensa.-

Dra. Margarita Echenique

Secretaria Letrada