

Sentencia Nº 204

Ministro Redactor.-Doctor José Balcaldi Tesauero.-

Montevideo, 29 de junio de 2010.-

VISTOS

Para definitiva de segunda instancia esta causa seguida contra "SILVEIRA QUESADA, JORGE ALBERTO; RAMAS PEREIRA, ERNESTO AVELINO; MEDINA BLANCO, RICARDO JOSÉ; VÁZQUEZ BISIO, GILBERTO VALENTÍN; MAURENTE, LUIS ALFREDO Y SANDE LIMA, JOSÉ FELIPE. Veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real". IUE-2-43332/2005; venida a conocimiento de esta Sala, en virtud de los recursos de apelación y nulidad interpuestos por las respectivas Defensas y la adhesión de parte del Ministerio Público, contra la sentencia Nº 37 del 26 de marzo de 2009 dictada por el Señor Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 19º Turno.-

RESULTANDO:

1) Que, por ajustarse a las resultancias del proceso, se aceptan y se dan por reproducidas la relación de hechos y actos procesales, que se formulan en la sentencia impugnada.-

2) Que, por la precitada decisión, se condenó a Jorge Silveira, Ernesto Ramas, Gilberto Vázquez, Luis MaurenTE, José Medina y José Sande como autores penalmente responsables de veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados, a la pena de veinticinco años de penitenciaría en el caso de los tres primeros y de 20 años de penitenciaría en el caso de los restantes, con descuento de las preventivas cumplidas, y de sus cargos las obligaciones que impone el literal e) del artículo 105 del Código Penal.-

Como alteratorias de la responsabilidad se relevó la atenuante de la primariedad absoluta en los casos de Silvera Quesada, Ramas Pereira, Medina Blanco, Vázquez Bisio y Maurente Mata.-

Como agravantes se computaron en todos los casos: a) el haberse cometido los hechos con graves sevicias y b) el haberse ejecutado después de cometidos otros delitos para asegurarse el resultado o, para ocultar los delito o, para suprimir los indicios o la prueba o, para procurarse la impunidad o procurársela a algún otro.-

3) Que a fojas 9.301 y 9.032, las Defensas de los imputados interpusieron los recursos de apelación y nulidad contra la mencionada decisión y, a fojas 9.304, el Ministerio Público se adhirió al recurso de apelación.-

4) Que, de fojas 9.306 a 9.383, la Defensa de Silveira, Maurente, Ramas, Sande y Vázquez expresaron los agravios que el fallo les ocasiona, los cuales en síntesis se transcribirán a continuación.-

Sostiene que: "...no por repetido (e instalado en el imaginario popular) ha de asumirse que "Los hechos denunciados... responden a la coordinación

operacional... denominada "Plan Cóndor", cuya existencia (más allá de las declaraciones de Vázquez sobre cuyo contexto haremos referencia más adelante), en la época de los hechos denunciados, nuestros defendidos ni siquiera conocían.-

Según resulta de su acta fundacional, el "Cóndor" no fue un "Plan" sino un "Sistema"; un sistema coordinado para el intercambio de informaciones destinado a contrarrestar las actividades de personas y grupos vinculados a actividades subversivas y terroristas que en el marco de la denominada "Guerra Fría" se había instalado en la región, enlazados para sus operaciones a través de la Junta Coordinadora Revolucionaria, creada en 1973 y dirigida desde Cuba. Abundar, excede los objetivos de la Defensa, pudiendo consultarse las actas de la Conferencia Tricontinental de La Habana (OSPAAAL) y de la Conferencia de la Organización Latinoamericana de Solidaridad (OLAS).-

La primera puntualización, apunta a distinguir "Plan" de "Sistema de Informaciones", y no es una mera disquisición terminológica, desde que para bastardearlo, se le ha propagandeado como "Plan", para indicar la preparación para la ejecución de una actividad operacional, en tanto que el "Sistema de Informaciones" no fue sino eso: intercambio de informaciones.-

Por lo tanto no se admite la afirmación de que el sistema tuviera "como objetivo central, el seguimiento, vigilancia, detención, interrogatorios con apremios físicos, traslados entre países y desaparición o muerte de personas consideradas por dichos regímenes como subversivas del orden instaurado o contrarias al pensamiento político o ideológico, opuesto o no compatible con las dictaduras militares de la región".-

La recogida en la sentencia es una versión que no aparece probada en el expediente, seguramente extraída de literatura interesada, pero no es lo que documentalmente resulta del Acta de Clausura que la sentencia individualiza, suscrita por los delegados de los países participantes , que no es clandestino y cuyo original se encuentra en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile..."

Abunda que "...El Tribunal toma pues, el mismo marco fáctico que tuvo por probado la Fiscalía, sirviéndose de los mismos medios de los que se valió el Ministerio Público.-

La Defensa tiene reparos, y los formula, respecto a muchos de los recogidos como "medios de prueba". Algunos referidos a su poder de convicción; otros, respecto lisa y llanamente a su legitimidad y validez.

"...Primer reparo sobre la prueba: Se confiere valor probatorio a testimonios y documentos que jurídicamente carecen de aptitud para ello: La Sentencia, a instancias de la Fiscalía, recoge y valora como si fuera prueba, investigaciones periodística publicadas en diarios y libros, así como la declaración testimonial de esos mismos periodistas.-

Los periodistas legítimamente se niegan a revelar la fuente de su información, que no es otra cosa que "la razón de sus dichos", última pregunta de cualquier

interrogatorio a un testigo, esencial para evaluar el valor probatorio o grado de convicción.-

Por lo tanto, aún cuando hubieran sido "serias y meticulosas" como las calificó la Fiscalía, y acordáramos "que no puede prescindirse de la información recibida de los medios de prensa" (Acusación, pág. 175), si bien desde el punto de vista adjetivo, esas "investigaciones periodísticas" asumen forma documental (cuando son publicadas) o testimonial (cuando los periodistas declaran ante el Tribunal), desde el punto de vista sustancial, sus aportes no son "prueba" en sentido jurídico, sino mera "información" que se allega a la causa, que (acaso por la seriedad y meticulosidad" que se le atribuye), podrá ser útil para orientar la investigación judicial, pero cuya veracidad deberá resultar de los medios de prueba que el Derecho reconoce como tal...".-

"...Segundo reparo sobre la prueba: La sentencia, siguiendo a la acusación viola los principios y normas que regulan la Prueba Traslada; El numeral anterior, refiere y descalifica como prueba a toda aquella "información" proveniente de actuaciones realizadas fuera de la órbita del Poder Judicial, en tanto y en cuanto no sea objeto de prueba en el proceso.-

Pero además, en la sentencia, se consideran y toman por buenas, en violación de la ley, una serie de probanzas que, aún cuando diligenciadas en procedimientos judiciales (nacionales y extranjeros), desde que no han sido producidas en estos obrados, constituyen hipótesis de "prueba trasladada".-

Y pese a nuestra advertencia y resistencia, formuladas en los recursos de fecha 12 de febrero de 2008 (fojas 1943-1945 y 1948-1952), y a lo dispuesto por la interlocutoria 148/2008 de 29 de febrero de 2008 (fojas. 1958), en cuanto, modificando la primera parte del auto N° 34 de fojas 1939 vto., en su lugar "se dispone que se incorporarán a esta causa, las probanzas diligenciadas en la IUE-98-247/06, a posteriori de la sentencia del Tribunal de Apelaciones 2º Turno, que se practicaron con la notificación correspondientes a las defensas de los encausados.-

El art. 29 del C.P.P., en el texto dispuesto por el art. 1º de la Ley N° 16.162, similar al art. 145 del C.G.P. establece que "Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficacia similar a las que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso, siempre que en el primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella" (el destacado es nuestro).-

Como recuerdan Klett y Garderes (Análisis de la Jurisprudencia sobre Prueba Traslada, Tribuna del Abogado N° 143, jun-jul, pág. 6), "La idea central del instituto se ubica en torno a los principios de economía procesal, interés público de la función de la prueba y bilateralidad o contradictorio, en tanto se procura economizar esfuerzos mediante la incorporación al proceso de prueba practicada en otro proceso, sin desconocer las garantías de control que respecto de la producción de esa prueba asisten a las partes. En principio entonces, se admite su incorporación si la parte contra la que se aduce ha tenido posibilidades de controlar esa prueba en el proceso original o en el proceso actual"

"Estas ideas, y sobre todo la relevancia conceptual del contradictorio en el análisis de la prueba trasladada, se reflejaban ya en el pensamiento de Couture al señalar que "el problema no es tanto un problema de formas de la prueba, como un problema de garantías del contradictorio", y concluía que "las pruebas

de otro juicio pueden ser válidas si en el anterior la parte tuvo la oportunidad de fiscalizar e impugnar esas pruebas."

Con respecto a los autos "Gavazzo, José y Arab, José. Un delito continuado de Privación de Libertad", seguidos ante la misma sede con la I.U.E-98-247/2006, si bien conocen un origen común con estas actuaciones, las mismas se separaron a consecuencia de la tramitación conferida ante la oposición de Inconstitucionalidad en vía de excepción por parte de esta Defensa.-

Según puede comprobarse cotejando las resultancias de los autos que tramitan con el I.U.E-98-247/2006, con posterioridad a la separación (y formación de esa pieza), esta Defensa dejó de ser notificada de señalamientos y diligenciamiento de prueba.-

Es más, según consta tanto al Tribunal como a la Fiscalía, cuando por alguna otra vía tomamos conocimiento de alguna diligencia probatoria, no nos fue permitida la participación en la audiencia, lo que provocó que con fecha 11 de octubre de 2007 se presentara escrito solicitando testimonio de la incidencia, petición que también fue denegada por decreto N° 1131 de 12 de diciembre de 2007. Esta circunstancia puede ser fácilmente comprobada por el Tribunal, al cual también le será elevada la mencionada causa.-

Por lo tanto, los testimonios recogidos en tales condiciones, no deben ser trasladados, y los que materialmente se incorporaron, no deben tenerse por agregados..."

"...Tercer reparo sobre la prueba: En su valoración, no se atiende al aporte de la Psicología Forense. Gustavo Mirasbal Bentos en una interesante obra ("Testigos - Aproximación desde la Psicología Forense" Amalio Fernández, Montevideo 1998), ha realizado un ilustrado aporte desde una óptica poco desarrollada en nuestro medio, que parece no se debería desatender, si lo que se pretende es que la "verdad del expediente" se parezca realmente a la "verdad histórica", objetivo que debería guiar toda investigación en un proceso judicial.-

Recordando que "testigo es la persona que (presuntamente) obtuvo un conocimiento proveniente del medio exterior, a quien se convoca a un juicio en que no tiene interés directo ni indirecto, a fin de que reproduzca ese conocimiento", a través de una actividad que configura con la "percepción de ese conocimiento, su integración y retención, así como la reproducción", señala "elementos incidentes en la certeza y credibilidad del testimonio", "amen del olvido" (y el testigo mendaz), los que clasifica en "Subjetivos: edad, sexo, formación cultural y profesión, cosmovisión y antecedentes de vida, predisposiciones mórbidas (físicas o psíquicas); Objetivos: ...iluminación del lugar, velocidad del acaecimiento, distancia del testigo respecto del hecho a testificar, instantaneidad o permanencia del hecho en el tiempo lapso que transcurre entre la percepción y el testimonio, etc. (y) Circunstanciales: conocimiento previo del lugar o de los intervinientes, conocimiento de versiones de otros testigos o de los participantes, haber prestado su declaración sobre el mismo tema con anterioridad..." (cit. pág 18).-

A modo de presentación de la obra (y de la Psicología Forense), comienza Mirasbal recogiendo una ilustrativa anécdota ocurrida a "Un psicólogo australiano, Donald Thomson, consagrado a la Psicología Judicial...Denunciado por una mujer, fue detenido y acusado del delito de violación. La víctima lo reconoció, sin dudas de especie alguna...Afortunadamente para la Psicología Forense - y para Thomson, por supuesto - el acusado tenía una coartada perfecta: la noche en que había ocurrido el delito, a la misma hora, se

encontraba en un estudio de televisión, participando de un debate sobre "el testigo presencial...". La mujer, en el estado de conmoción bloqueó la imagen del agresor, sustituyéndolas por las facciones del psicólogo... Estos mecanismos psicológicos... no son tan "rara avis" como puede presumirse en los procesos judiciales..." (Mirabal, cit. pág. 13), y podrían explicar, concediéndoles la intención de ser veraces, declarantes que ubicaron en Orletti a quienes jamás estuvieron allí.-

Cuando el autor ingresa a la consideración de los "factores que afectan al testimonio" aparecen pasajes que deberían tenerse presentes al evaluar la prueba testimonial.-

Entre los "factores subjetivos" menciona los "Estereotipos", definidos por Henri Piéron como "opinión enteramente confeccionada, que se impone, como un clisé, a los miembros de una colectividad...".-

"Nadie está libre de estos preconceptos, de eso no cabe duda: tampoco los jueces, ni los abogados, por desgracia" (cit. pág. 53), lo que podría explicar la condena a nuestro defendido, a la luz del pre concepto de que todo aquel que hubiera servido en un organismo de inteligencia en determinada época, necesariamente habría intervenido en los delitos (todos) que se atribuyen a la repartición.-

Específicamente respecto a los testigos, "los estereotipos inciden fundamentalmente en los llamados "errores de comisión", completando las lagunas de la memoria, o los defectos de la percepción, con datos

considerados "probables", de acuerdo con la información estereotipada" (cit. pág. 54) .-

Otro de los Factores Subjetivos a considerar es el "estrés", definido por Henri Piéron como una "agresión, una acción violenta ejercida sobre un organismo..." .-

No hay duda que los ahora testigos, durante su detención, se encontraban bajo esta fuerte tensión, por lo que no debería perderse de vista que "el estrés... parece, en términos generales, afectar negativamente la exactitud del recuerdo" (cit. pág 63).-

"....Cuarto reparo sobre la prueba: No evalúa los testimonios según la "razón de sus dichos: Aunque la Fiscalía (y los denunciados) reconocen que "Está acreditado asimismo que, como método, mantenían a los detenidos "tabicados", o compartimentados, es decir, con vendas en los ojos, a las que se agregaban a veces algodones (exigencia mantenida por el en todo tiempo, según declaraciones de Ramas), y los torturadores no mostraban el rostro en Argentina", el Tribunal toma por suficiente y adecuada percepción de los hechos por la propia declaración de alguno de ellos en cuanto a que "en algunas ocasiones los prisioneros tuvieron la posibilidad de observar las facciones de los represores, porque las vendas se deslizaban, o retener las voces, que después volvieron a ubicar en territorio uruguayo".-

La mayoría de los testigos estuvo detenida no más de 11 días en Argentina, vendados y aislados del mundo exterior. Asombra como sus memorias progresan en el tiempo en forma antinatural.-

En el año 1985 los integrantes de la Comisión Investigadora Parlamentaria se mostraron escépticos respecto a la credibilidad de las afirmaciones de estos testigos. El diputado Cantón le preguntó a Elba Rama "acerca de la cautela de las autoridades de las Fuerzas Armadas Argentinas era bastante insuficiente y susceptible de ser burlada, puesto que los detenidos se sacaban la venda cuando querían..." el Diputado Lorenzo Rovira, ante una declaración conjunta de la Sra. Ana Quadros y Sara Méndez expresó "veo que muchos de los datos que Ud. maneja, se derivan de conversaciones telefónicas que Ud. escuchaba, quienes hemos estado detenidos sabemos que generalmente eso se truca, que se hacen conversaciones falsas. Ud. confirma que no eran falsas?. Porque muchas veces para confundir a través de los teléfonos a uno le querían hacer creer que estaba en determinado establecimiento...".-

El escepticismo de los diputados, se refuerza si se tiene en cuenta que en el año 1976, con una experiencia de cuatro años de lucha anti subversiva, creer que efectivos militares puedan cometer este tipo de errores con tanta asiduidad, parece ingenuo.-

La proliferación de percepciones, datos, precisión de fechas y lugares que afirman los testigos en esta causa, que estuvieron 11 días en Orletti, contrastan con las de Sergio Molaguero, quien, como es notorio, fue secuestrado por la OPR 33 (antecesora del PVP), estuvo en tres cárceles clandestinas durante 68 días, no pudo reconocer a ninguno de sus custodias y solo escuchó murmullos, declarando que "por más esfuerzo que hacía no entendía nada".-

Lo que se cuestiona no son las experiencias que pudieron sufrir estas personas en Buenos Aires, sino que en su afán de justicia (interés o venganza), acusen generalizando, sin tener la certeza de quiénes realmente estaban y dando por percibidas meras suposiciones.-

De todas formas, la fugacidad (más el estrés) con que, de haber sido cierto, pudieron percibir algo por el sentido de la vista, en las condiciones en que según sus dichos en encontraban, ha de haber resultado manifiestamente inadecuada para reproducir con fidelidad, más de treinta años después, aquello malamente percibido.-

"...Quinto reparo sobre la prueba: No considerar respecto a ciertos testigos, circunstancias de sospecha: El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno, en la sentencia Nº 24 de 28 de febrero de 2007, refiriendo al cuestionamiento del valor probatorio de los testimonios vertidos por la Defensa cuando el procesamiento, contemplaba que "Cabe tener presente un supuesto indiscutido: no ajena a esta cuestión penal, lo es , el inmediato pasado político de la República, en donde el adversario político era un enemigo a destruir" recordando a Mittermaier en cuanto advertía que "Han estado mucho tiempo divididas las opiniones sobre la cuestión de si las declaraciones de los hombres sospechosos, pero constituyendo un gran número, pueden por su multitud compensar lo que a cada uno de aquellos falta de credibilidad..." (Tratado... pág 395)" considerando "interesante atender a las recomendaciones...", entre las cuales, el autor menciona "...cuando no es posible suponer que éstos (los testigos) se hayan confabulado en usar de unas mismas expresiones".-

Los "testigos de cargo", estaban (o aún están) vinculados (directamente por pertenecer o por afinidad a través de un familiar), con movimientos anarquistas, el Partido por la Victoria del Pueblo (P.V.P.), sucesor de la O.P.R. 33 y de la Federación Anarquista del Uruguay (F.A.U.).-

El desarrollo de estas organizaciones, puede consultarse en la obra de otro anarquista, Juan C. Mechoso Méndez ("Acción Directa Anarquista - Una historia de la F.A.U."), fundador de la F.A.U. y luego integrante de la Dirección de la O.P.R. 33 organización que, en Democracia, preconizaba la lucha armada para la toma del poder (V. pág 60), cometió un importante número de atentados (pág. 164) y otros delitos, como robos a bancos, secuestros, el robo de la bandera de los Treinta y Tres Orientales (pág. 269) y que resolvieran pasar a la clandestinidad en el año 1967 (V. pág. 74; que tenía su aparato legal, la "Resistencia Obrera Estudiantil - R.O.E." (pág. 118), además de su Aparato Armado (pág. 69), del que se da cuenta de su desarrollo (pág. 146), la fabricación de artefactos explosivos (pág. 151).-

En la página 244 enumera lo que a su juicio son once "Enemigos del Pueblo" (del cual se auto proclaman y erigen en representantes y mesiánicos defensores), incluyendo en el quinto lugar a la Policía y al Ejército, a quienes consideran sus "verdugos".-

Esta concepción, que proviene sin dudas desde mucho antes del año 1973 y existía en el año 1976, no se advierte que pueda haber variado después del año 1985 ni hasta la fecha.-

"...Sexto reparo sobre la prueba: La inversión de la carga de la prueba. Cuando los procesamientos, ya habíamos señalado que, para enjuiciar por "Privación de Libertad", era sobre la Fiscalía que pesaba la carga de probar (además de los restantes elementos constitutivos del tipo penal), que los presuntamente privados de libertad estaban vivos, y no a los indagados probar que no los

tenían privados de libertad (por estar muertos o lo que fuere). Denunciamos desde entonces que se pretendía una inversión de la carga de la prueba.

En la Acusación, curándose en salud la Fiscalía alerta "No se pretende invertir la carga de la prueba" (pág 157), pero nuevamente lo hace, esta vez confundiendo su rol.-

Se rechaza enfáticamente la concepción del Ministerio Público, que le lleva a afirmaciones tales como "La defensa no puede descansar en la imposibilidad de los demandantes de allegar la prueba al proceso..." como cuando con extensas y eruditas citas a fallos de la Corte Interamericana de Justicia pretende exonerarse recogiendo de ésta que "la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado..." (pág 156).-

La Fiscalía parece tan consustanciada con los denunciados que confunde su rol con ellos.-

La Defensa, no le exige a "los demandantes de allegar la prueba al proceso...", sino a la Fiscalía, como representante del Estado, para pretender una condena, y al Juez para imponerla.-

Por eso, es indiferente si "Los denunciantes (familiares, amigos) han agotado los medios a su alcance para obtener información" (Acusación pág. 157), porque éstos ni siquiera son parte en nuestro proceso penal (salvo para algunos medios de prensa que mal copiando a los argentinos hablan de "querellantes" y "abogados querellantes").-

Quien debió agotar los medios hasta obtener "elementos de convicción suficientes" para pedir el procesamiento y "plena prueba" para acusar con aspiraciones de obtener condena, es el Ministerio Público, como representante del Estado..."-

Agregan sobre "... El "Objeto de la Prueba": ¿Qué se debió probar para atribuir responsabilidad y condenar?:

Así como atendiendo a la acusación, el esfuerzo probatorio debería haberse centrado en acreditar que Silveira, Ramas y Vázquez procedieron "a privar de libertad" a las personas que se mencionan en el libelo, en tanto que Maurente y Sande hubieran sido de "Los que cooperan directamente, en el período de la consumación" o " que cooperen en la realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual no se hubiera podido cometer." (C.P. nrales 3 y 4 del art. 61), para determinar si la condena se ajusta a las resultancias de autos, lo que hay que atender es, si resulta efectivamente del expediente, que "De acuerdo a los hechos acreditados en autos los enjuiciados Jorge Alberto Silveira Quesada, Ernesto Avelino Ramas Pereira, Ricardo José Medina Blanco, Gilberto Valentín Vázquez Bisio, Luis Alfredo Maurente y José Felipe Sande Lima, deben responder como autores responsables de veintiocho (28) delitos de Homicidio muy especialmente agravados, en reiteración real", en mérito a que, "con intención de matar y en compañía de José Nino Gavazzo Pereira y José Ricardo Arab Fernández... dieron muerte a 28 personas." (Considerando I, fojas 9.250 y vta), que la sentencia individualiza a continuación.-

La imputación, según viene de interpretarse, se les dirige atribuyéndoles la condición de "autores inmediatos", no como "autores mediatos" ni como "co-autores por instigación".-

Así como, lamentablemente, en las 213 páginas de la Acusación, cuesta encontrar referencias concretas a pruebas que es estas más de nueve mil fojas (y otro tanto de "agregados"), vinculen a Silveira, Ramas y Vázquez, específicamente con los hechos que constituyen el tipo penal de la Acusación respecto de alguna de las personas por cuya desaparición se pidió condena, y con respecto a Maurente y Sande, ni siquiera se especifique cuál pudo haber sido esa "cooperación" sin la cual los presuntos delitos no se hubieran podido cometer, en la sentencia, no hay ninguna prueba directa, concreta, y menos aún que pueda aspirar a calificar de "plena", que respalde el hecho de que alguno de nuestros defendidos hubiera cometido o tenido participación, en alguno de los 28 homicidios que se les atribuye.-

Sostienen "...Qué se afirma haber probado, qué se llegó a probar y qué no se pudo probar.-

Tal empresa, entorpecida (en la óptica del Ministerio Público y el Tribunal a quo) por "las formas en que se llevaron a cabo los sucesos investigados", más que por el transcurso del tiempo, sólo ha podido ser emprendido postulando hechos que, incorporados como complementos a los hechos probados, completan la historia.

Así, está probado (y siempre fue admitido) que: a) entre el "9 de junio de 1976... (y) el 15 de julio (también de 1976), se "practicó una serie de detenciones... en la ciudad de Buenos Aires, en la mayoría de los casos, respecto a... integrantes del Partido por la Victoria del Pueblo (PVP)..."; b) "El día 24 de julio de 1976 este primer grupo de detenidos fue trasladado esposado y con los ojos vendados a Montevideo, en lo que se conoce como el "primer vuelo", y c) "estas personas salvaron sus vidas e incluso han podido brindar su testimonio en la Sede." (fs. 9237 y vta.).-

Pero con esto no se alcanza la meta. Apenas sería útil para reprochar la acción a algunos enjuiciados (no a todos sino apenas a los que se atribuye participación) si se adhiere a la versión de los denunciantes, o reconocerles haber salvado sus vidas si se toma por buena la versión de alguno de los hoy condenados.-

Se puede tener asimismo por probado que las 28 personas que se individualizan como víctimas, fueron detenidas, privadas de su libertad y se les vio con vida por última vez, en la República Argentina.-

Para compartir la condena, debió lograrse plena prueba de que "...los enjuiciados Jorge Alberto Silveira Quesada, Ernesto Avelino Ramas Pereira, Ricardo José Medina Blanco, Gilberto Valentín Vázquez Bisio, Luis Alfredo Maurente y José Felipe Sande Lima,... con intención de matar y en compañía de José Nino Gavazzo Pereira y José Ricardo Arab Ferenández...dieron muerte a 28 personas." que no fueron los de ese "primer vuelo".-

Sin embargo entienden que "...Al no atender la responsabilidad de cada "autor" en cada "delito" bajo la cobija del "grupo de operaciones", se llega en la sentencia al absurdo evidente de afirmar, por ejemplo que "El 5 de abril de 1976 fue apresado Ary Cabrera Prates por el mismo grupo operativo de uruguayos..." sin advertir que en esa fecha (5 de abril de 1976): A) Maurente, no sólo no prestaba aún servicios en el S.I.D., y no podía estar en Uruguay ni en Argentina, porque estaba haciendo un curso en Panamá.- En el Acordonado Nº 30 está agregado el Legajo de Maurente. A fojas 4 figura que en 1976 realizó un Curso en el Canal de Panamá, a fs. 7 la constancia de habersele encomendado una "Misión Oficial a la Zona del Canal de Panamá (a realizar Cso. de Inteligencia Militar para Oficiales) a partir de la 1ra. Quincena de enero de 1976, con una duración aproximada de 5 meses. Res. 50262 BMDN 7005" y con mayor precisión, a fs. 92 el Informe Académico conforme al cual, la "Duración del Curso. De: 16 de enero de 1976. A: 28 de mayo de 1976", habiendo regresado al país "entre el 5 y el 10 de junio" según declaró el otro cursante uruguayo, Yayone a fs. 2106.- Se le confirió destino en el S.I.D. por Resolución del M.D.N. Nº 8493 de 23 de julio de 1976, publicada en el Boletín del M.D.N. el 5 de agosto de 1976.- Recién a partir de esa fecha pudo presentarse (publicación en mano) ante el Director del S.I.D.. B) tampoco prestaba servicios en el S.I.D. Sande, que, como admite la Fiscalía, ingresó al S.I.D. junto con Medina recién el 14 de julio de 1976 (V. fs. 2209).-

Sin embargo, bajo la sombra de integrar "el mismo grupo operativo de uruguayos" (¿acaso la misma "asociación para delinquir" ?), son condenados por el homicidio de Cabrera.-

El mismo absurdo se reproduce al hacerles partícipes de los operativos desarrollados respecto a Gerardo Francisco Gatti Antuña ("El día 9 de junio de 1976...") Julio Oscar Rodríguez Rodríguez ("El día 15 de junio de 1976...") y León Gualberto Duarte Lujan ("El día 13 de julio del mismo año...")

Por eso, insistimos, para condenar, lo que se debió probar (y ahora analizar si se probó), es la participación individual como autores, de todos y cada uno de nuestros defendidos, en cada uno de los 28 homicidios que por cuya autoría se condena, y no parapetarse detrás de una generalización, haciendo indiscriminadamente responsables a todos por todo...".-

Asimismo, la Defensa en otro orden de cosas en cuanto a "...Los llamados "Traslados Clandestinos"

Se admite que las personas por cuyo homicidio se condena, fueron privados de su libertad y vistos por última vez con vida en Buenos Aires.-

Pero se señala y controvierte por falsa otra generalización: que "los encausados constituyeron un grupo que actuó en un teatro de operaciones que no reconocía fronteras..." "...teniendo en cuenta especialmente que viajaban regularmente a Buenos Aires".-

Como declararon, Silveira, Maurente y Sande no viajaron nunca a Buenos Aires; Ramas, lo hizo una única vez, no en el año 1976 (época de las detenciones) sino un año antes, en 1975 (por entonces declarado "Año de la Orientalidad"), con una misión concreta: interrogar a Hugo Cores, detenido en la Brigada de Cuatrерismo de San Justo, buscando la bandera de los Treinta y Tres Orientales.-

La Defensa estima por lo tanto determinante dejar establecido si se ha reunido en autos plena prueba acerca de la existencia del publicitado "segundo vuelo" y en tal caso quiénes fueron sus pasajeros y qué sucedió con ellos, en razón de que, por la sola circunstancia de que no existiera tal plena prueba, no puede haber condena alguna para todos aquellos acusados respecto a los cuales no se reúna a su vez, plena prueba de haber operado en Orletti en relación con las personas sujetos pasivo del delito..." -

Indican que "...La plena prueba de la existencia de este "segundo vuelo", surge, para la sentencia "de acuerdo al informe que el Comandante de la Fuerza Aérea entregó al Presidente de la República..." fojas 9.238 vta.), en alusión al Informe elaborado con fecha 8 de agosto de 2005, glosado a fs. 1514 y ss.-

Dice este Informe "De acuerdo a la información recabada se realizaron dos vuelos, probablemente el primero el 24 de julio y el segundo el 5 de octubre de 1976..." (fojas 1521).-

Al contenido de este Informe, tanto la Sede como la Fiscalía le otorgan pleno valor probatorio, quizás porque "Todo instrumento público en un título auténtico y como tal hace plena fe..." (art. 1574 del Código Civil).-

Si así fuera, también haría plena fe en cuanto afirma "Estas operaciones aéreas fueron ordenadas por el Comando General de la Fuerza Aérea, a solicitud del Servicio de Información de Defensa (S.I.D.) y coordinadas por ese Servicio...Las tareas de embarque, desembarque y posterior traslado estaban a cargo del S.ID." (fs. 1521).-

Si se le asigna la nota de "verdad probada" al contenido de los documentos públicos, debería excluirse del presunto operativo a la O.C.O.A. (dependencia del Ejército Nacional) y por tanto, con la misma firmeza con que se postula plenamente probada la ocurrencia del llamado segundo vuelo, exonerar de toda responsabilidad en el evento y sus supuestas consecuencias tanto a Ramas como a Silveira.-

Sobre el punto indican "...Acudiendo a la declaración testimonial del Tte. Gral. Bonelli encontramos que la fuente (al menos originaria) de su afirmación, provenía del Dr. Gonzalo Fernández.-

Declaró Bonelli: "El Dr. Gonzalo Fernández me cita a su despacho... y me habla de los vuelos. En ese momento le dije que nunca me habían preguntado ni planteado nada de vuelos, pero si me pedían que investigara eso, le podía decir porque yo hice el vuelo, él me corrige y me dice "los vuelos", yo le dije que sabía de uno que yo participé. El me dice que tenía que haber otro vuelo, yo le dije que me sorprendía pero que iba a averiguar, así fue como me puse a averiguar de esas dos personas más ese segundo vuelo." (fs. 3711).-

Efectuada su investigación, declara, "llegué a la convicción personal de que había existido, lo mismo que los fallecimientos y enterramientos del Sr. Arpino Vega y Ubagesner Chavez" (fojas 3.776), pero carecemos de elementos ciertos para evaluar cómo llega a esa "convicción personal", de la que sólo podemos confirmar que es al menos parcialmente errónea (en lo referente a uno de los enterramientos), pues la investigación, según el mismo Bonelli, se efectuó "Partiendo de la base del decreto de formación de la Comisión para la Paz, en el cual tiene un mandato expreso de confidencialidad de las fuentes (artículo 3º)..." (fs. 3772).-

Debemos acudir entonces, a la única fuente conocida de la "convicción personal" de Bonelli, el Dr. Gonzalo Fernández.-

Declaró el Dr. Fernández, que "fue el periodista Roger Rodríguez quien al final de la Comisión para la Paz nos informó sobre la existencia de un segundo vuelo de traslado de prisioneros" (fojas 2418), reiterando que "en las postrimerías de la Comisión para la Paz, el periodista Roger Rodríguez aportó la versión de que había existido un segundo vuelo, que la Comisión no logró confirmar ni descartar." (fojas 2.422).-

Siguiendo la cadena informativa, a efectos de procurar prueba jurídicamente eficaz para tener por acreditado ese segundo vuelo, debemos acudir al periodista Roger Rodríguez; a su declaración como testigo, pues los artículos de prensa, útiles como aporte de información, por definición, son inhábiles como prueba.-

En su comparecencia como testigo, declara Roger Rodríguez que la información sobre el segundo vuelo, la recibió de "un ex represor argentino, perteneciente a la llamada banda de Aníbal Gordon, cuyo nombre por ahora debo permanecer bajo reserva profesional" (fojas. 2251), lo que transforma al periodista en un ejemplo de "testigo de oídas" de un anónimo de, en el mejor de los casos, dudosa fiabilidad.-

Y aquí, cuando aparentemente podríamos estar a un paso del "testigo presencial", se diluye la posibilidad de prueba por esta línea de investigación.-

Se ha manejado asimismo, aunque no en la sentencia, que el Ejército Nacional ha ratificado la existencia de ese segundo vuelo, a partir del Informe del Comandante en Jefe de esa Fuerza y declaraciones del Dr. Gonzalo Fernández ante la Cámara de Representantes, recogidas por la Fiscalía (Acusación pág. 105) y referidas en una pregunta al Tte. Gral. Diaz (fojas 3.706).-

Dijo el Dr. Gonzalo Fernández, que "La novedad es que el Teniente General Bonelli consiguió averiguar, y lo estampó en su informe... que existió un segundo vuelo, lo que hoy el Ejército admite y ratifica..."

Veremos que ello tampoco es así. Preguntado el Tte. Gral. Ángel Bertolotti "si conoce Ud. el traslado de detenidos desde B. Aires a Uruguay en aviones de la Fuerza Aérea", respondió "Que no, lo supe cuando Bonelli produjo su informe..." (fojas 2.167).-

En el mismo sentido, el Tte. Gral. Carlos Díaz, reiteradamente interrogado sobre el "segundo vuelo" (fojas. 2173 a 2187), afirmó que "toma conocimiento a partir del Informe del 8 de agosto de 2005 por la Fuerza Aérea", en cuanto a "lograr nombres", "lo único...la lista que figura en el libro "A todos ellos", que "las excavaciones realizadas...no arrojaron resultados positivos que permitieran establecer que había habido más enterramientos de los ya establecidos en el Informe del 8 de agosto", que "no puedo determinar...que dicho segundo vuelo de acuerdo al informe de la Fuerza Aérea existió".-

Y preguntado por la Fiscalía acerca, de si "cuando Gonzalo Fernández dice "cosa que hoy el Ejército admite y ratifica", piensa que esa ratificación provenía de conversaciones mantenidas con usted o en que podía tener información de otros militares", contesta "En las conversaciones que mantuve con el señor Gonzalo Fernández hablamos específicamente del tema segundo vuelo, pero no puedo determinar más allá de lo expresado anteriormente de que dicho segundo vuelo de acuerdo al informe de la Fuerza Aérea existió", reiterando que "el resto de lo que hablamos con el mencionado Dr. no tengo prueba para afirmarlo, pero pretendió ser un razonamiento lógico de cómo habían podido suceder dicho acontecimiento" (fs. 3706).-

Preguntado por la Defensa acerca de si "sobre lo que usted puede haber declarado vinculados a ese presunto segundo vuelo, tuvo usted alguna otra fuente de información además de lo que puede resultar del informe de la Fuerza Aérea", respondió "No tengo ninguna otra fuente de información, pero por si no quedó claro reitero que los hechos, las circunstancias de los mismos, me llevó a elaborar personalmente una teoría de cómo podrían haber sucedido los hechos, lo que no pude nunca confirmar" (fojas 2187 y 3710).-

Concluyendo: a) la fuente de información respecto al "segundo vuelo" del Tte. Gral Diaz, es el Informe del Tte. Gral. Bonelli; b) la fuente de información del Tte. Gral. Bonelli es el Dr. Gonzalo Fernández; c) la fuente del Dr. Gonzalo Fernández es el Sr. Roger Rodríguez; d) la fuente del Sr. Roger Rodríguez se la reserva.-

Lo cierto es que, sea quien fuere la fuente, la cadena para llegar al "testigo presencial", que es la prueba testimonial relevante idónea, se corta, porque el Sr. Roger Rodríguez oculta a su proveedor de información bajo el enigma de "un ex represor argentino perteneciente a la banda de Aníbal Gordon, cuyo nombre por ahora debo permanecer bajo reserva profesional" (fojas 2.251)...".-

Por tanto remata que "...En suma, a juicio de la Defensa no hay prueba eficiente (menos aún "plena prueba" como se requiere) de que hubiera habido ese "segundo vuelo"..."

Indica en cuanto a "...Los "testigos de cargo": A estar al relevamiento de la Fiscalía (que no de la sentencia), los aportes específicos de prueba respecto a la presunta actividad de Ramas y Silveira, se reduce a declaraciones de: 1.- María Elba Rama 2.- Alicia Cadenas, 3.- Sergio Lóez Burgos, 4.- Enrique Rodríguez Larreta Martínez, 5.- Asilú Maceiro, 6.- Sara Méndez 7.- Ariel Soto y 8.- Gastón Zina.- De estos ocho, sólo Sergio López Burgos y Sara Méndez mencionan a Ramas.-

Sobre " La "prueba de cargo" respecto a Luis Maurente.- La sentencia apunta una única prueba de cargo respecto a Maurente: "...negó haber concurrido a la Argentina y haber estado en Automotores Orletti, ello no obstante María del Pilar Nores no sólo afirmó su presencia en el Centro, sino también haber sido objeto de apremios físicos por parte de éste."

Cuesta creer que con tan magro respaldo, el magistrado pueda haberse formado convicción (en realidad afirmar que hay plena prueba) sobre la participación de Maurente en 28 homicidios.-

El esfuerzo es mayor de parte de la Fiscalía, que recoge como prueba directa para involucrar a Maurente en la Argentina, además, los testimonios brindados por: 1.- Enrique Rodríguez Larreta Martínez, 2.- Sara Méndez, 3.- Alvaro Nores. 1.- De Rodríguez Martínez, se recoge que "declaró también en su momentos en la comisión investigadora parlamentaria, en 1985 (Acordonado 66 en adelante)... "otro a quien vi en Buenos Aires era el Teniente Maurente. Lo he visto en forma reiterada cuando estuve en Libertad" (pág. 73).-

Como se ha expresado con anterioridad, tomar esta declaración como prueba de cargo, es una de las tantas violaciones a las reglas de la prueba trasladada, por lo que carece de valor. Esa es la razón probable por la cual la sentencia ni la menciona..."-.

En cuanto a "...la declaración testimonial de Sara Rita Méndez Figura en el Anexo III y están glosadas de fojas 25 a 32. En esta declaración, de fecha agosto de 1998, en la que detalla su versión acerca de su detención, y la

sustracción de su hijo en la República Argentina, tampoco se menciona al Cnel. Maurente...”.-

“..La séptima declaración de Sara Méndez, es de fecha 13 de abril de 2007, se glosa a fs. 67 - 68.- En ésta, "Exhibida que fueron las fotografías identificadas del 1 al 15 correspondientes a militares uruguayos, y pregunta que fue si puede reconocer en ellas a alguna de las personas que estuvieron en su domicilio la noche del 13 de julio de 1976", no identifica al Cnel. Maurente.-

Y más aún, repreguntada "si luego de las detenciones recientes que se han efectuado en Uruguay de los distintos militares que actuaron en Orletti, pudo reconocer a alguno de ellos", el nombre del Cnel. Maurente sigue sin figurar...”.-

Arriba entonces a que "... En estas nueve declaraciones (a la que debe sumarse como 10º, la declaración brindada en esos obrados a fs. 494 y ss.), sólo menciona a Maurente en una de ellas, y lo sitúa "ya en territorio uruguayo", lo que desacredita por completo esa "absoluta seguridad" que afirmó tener el 28 de setiembre de 2007 cuando declaró en el expediente 98-247/2006. Testimonio de esas nueve declaraciones, fue incorporado a solicitud de esta Defensa de fojas 8.454 en adelante...”.-

En relación al testimonio "...De Alvaro Nores, sólo se cuenta con una declaración aparentemente brindada en forma privada en Canadá (fojas 1595 y ss y en Acordonado N° 23 fojas 338), en al que afirma haber sido trasladado

por Maurente desde la Argentina (en donde habría sido detenido "el 2 de octubre de 1976" fojas 1.595).-

Por la forma en que esta declaración fue recibida, carece del mínimo valor probatorio, sin perjuicio de lo cual, se señala: Que aún cuando fuera cierto (que no lo es), que Maurente hubiera sido encargado de traer a Nores desde Buenos Aires, ello no prueba que hubiera tenido alguna participación en las privaciones de libertad (y desapariciones) de las personas señaladas en la Acusación.

En cuanto a Pilar Nores (única prueba contra Maurente según la sentencia), ratifica la señalada vocación por mentir que le atribuye Hugo Cores cuando declara "Yo estuve en Automotores Orletti hasta el 22 de julio en que me trasladaron clandestinamente a Montevideo.- En ese tiempo que estuve allí reconozco a cinco oficiales uruguayos que son:... y Maurente." (fojas 429).-

En relación a la "... Prueba de Cargo" respecto a José Sande Lima. Como se expresara líneas arriba, se llega al procesamiento de Sande sin que nadie le hubiera mencionado, por lo cual, eliminada la imputación por "Asociación para delinquir", que (aunque mal), podría dar alguna explicación a su procesamiento, su responsabilidad queda sin sustento.-

Para sorpresa e la Defensa, la sentencia enjuiciada lo condena pero sin mencionar siquiera una prueba que lo incrimine, limitándose, tras recoger que "negó haber concurrido a la República Argentina, haber estado por lo tanto en "Automotores Orletti" y "haber conocido, intervenido en algún operativo y/o

interrogatorio a las víctimas de autos", a justificar la condena porque "Sin embargo ocupaba un cargo jerárquico importante en el SID, al punto que se lo identificaba como 310 desempeñando importantes funciones en la casa de Punta Gorda y en el local de Bulevar y Palmar." (fojas 25 vta.)...".-

Se agrega a fojas 9.357 " Aunque la sentencia no la mencione (otra vez para eludir las críticas a su validez), la Fiscalía la recoge en la pág. 122 de la Acusación, expresando: "A la casa de Raúl Altuna y Margarita Michelini fueron Sande Lima, el Paqui Foresse (conocido represor argentino de la banda de Gordon) y "alguien a quien le decían la bruja, el Turco Arab.- Los tiraron en la parte de atrás de una camioneta y Sande Lima, relató Altuna, iba con un pie en su cabeza mientras cantaba "A desalambrar".-

La Fiscalía, se esta refiriendo a la declaración vertida por Altuna el 20 de junio de 2007 en los autos seguidos ante esta misma sede con el IUE-98-247/2006, cuya copia está cosida a partir de fojas 2.694.-

Se trata de una de las declaraciones vertidas en el proceso seguido a Gavazzo y Arab cuya incorporación material a estos autos, no puede transformarlas en prueba de cargo respecto de nuestros defendidos, por violar las normas legales que regulan el legítimo traslado de prueba y lo ya dispuesto por el Tribunal.-

Es decir, que la única prueba de Sande en la Argentina es ilegítima (es decir no es prueba) y por tanto mal puede ser fundamento de condena alguna.-

De todas formas, aunque gravitante desde el punto de vista jurídico, en el caso, la ilegitimidad de la incorporación material, es irrelevante.-

El 20 de junio de 2007, declaró Altuna que "El 13 de junio de 1976 en horas de la madrugada... sentimos que la puerta de nuestro apartamento se cayó, porque la tiraron, yo atiné a sacar a mi hijo de la cuna, tenía 18 meses, lo tomé en brazos y me empezaron a golpear preguntándome por las armas.". Preguntado "Si puede identificar a alguna de esa personas que irrumpieron en su casa", contesta "Que si, uno era Sande Lima, el otro el difunto Osvaldo Paqui Foresse, argentino, y un tercero que era alguien que le decían La Bruja, el Turco Arab...Yo estaba en mi casa con mi esposa Margarita Michelini y mi hijo de 18 meses... Nos permitieron dejar al nene con los vecinos. Allí nos atan, nos esposan, nos vendan los ojos y nos tiran en la parte de atrás de una camioneta los dos juntos con mi esposa y Sande Lima, iba con el pie sobre mi cabeza mientras cantaba "A desalambrar", yo no lo veía, pero ya lo había visto cuando entró a mi apartamento y lo había oído hablar y era su voz. Yo estudié música y tengo el oído muy afinado". Los que no resultan muy afinados son los recuerdos.-

Más de 23 años antes, el mismo Raúl Altuna, en el Expediente seguido ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 22, Secretaría 148 con el N° 4379/84, ante el Juez de Instrucción Carlos A. Oliveri, de la República Argentina, hace un relato del operativo que llevó a su detención que contiene trascendentes diferencias con sus dichos del 2007.-

Testimonio de estas declaraciones y las de su esposa, Margarita Michelini, incorporadas a los autos seguidos con la Ficha N° P-190/84 por entonces a cargo del Dr. Mirabal, fue remitido por el Juzgado Letrado de 1° Instancia en lo

Penal de 2º Turno e incorporadas como prueba a solicitud de esta Defensa. Lucen de fojas 8.516 a 8.528.-

El 16 de mayo, pero de 1984, relató Altuna "Que el día 13 de julio de 1976 es secuestrado de su domicilio... su esposa toma en brazos a su hijo en ese momento de dieciocho meses de edad, quien queda con el vecino de la planta baja... Posteriormente al deponente lo esposan y le colocan una capucha siendo conducido a un vehículo que esperaba, siendo tirado en el piso del mismo y recuerda que durante el viaje que duró unos veinte minutos, uno de los individuos al cual posteriormente reconoce le pone sus pies sobre el cuello del declarante...agregando que cuando ya se encontraba en el Uruguay reconoce la voz de la persona que le había puesto el pie sobre el cuello cuando es secuestrado, siendo el mismo Ovanessian, alias el "Turco", teniendo en aquel momento el grado de Capitán del Ejercito Uruguayo..."-.

Parecería entonces, salvo que, de lo ocurrido en el año 1976, fuera mejor el recuerdo del año 2007 que el de 1984, lo que es manifiestamente improbable..."-.

Se resume este punto expresando "...Sin perjuicio (o además) de ello, interesa puntualmente señalar a esta Defensa, que la declaración del señor Altuna, única prueba de cargo contra Sande Lima, es mendaz; incontrastablemente mendaz..."-.

Pasando a "...La "Prueba de cargo" respecto de Gilberto Vazquez.- La Defensa siente el deber de expresar que a su juicio, no pueden ser consideradas como

prueba de cargo las declaraciones formuladas por Vázquez, que la Fiscalía reconoce, realizó ubicándose "en un papel protagónico" (pág. 137).-

Declaraciones que mencionan a Vázquez y recoge la Fiscalía.- 1.- En la pág. 61 de la Acusación de Sergio López Burgos respecto a su detención y la de León Duarte, manifestando que "según López los apresaron Cordero, Gilberto Vázquez y otros soldados uruguayos...". En la pág 64, "Tanto Beatriz Barboza como su esposo Javier Peralta...su detención fue un operativo en el que...también señalaron a Gilberto Vázquez..."

Javier Peralta, declaró el 9 de agosto de 2006 (fojas 571 a 575), relató que "El 30 de setiembre de 1976... dos personas se presentaron en mi escritorio diciéndome que los acompañe... Me esposan en el palier, me meten en un coche... me llevan a un lugar que después supe que era Automotoras Orletti, yo bajo vendado y esposado del coche... Al rato nos sacan... nos suben a una ambulancia... nos llevan a nuestro apartamento... Llegamos a Aeroparque y saqué los boletos de Pluna, ellos viajaban con nosotros en el mismo avión.- Yo después reconozco a Arab como la persona que estuvo en todo el operativo e incluso es uno de lo que vino en el avión con nosotros, también tengo una idea que pudo haber sido Gilberto Vázquez el otro que participó en el operativo..." (fojas 571-572). Ninguna otra referencia hay a Vázquez.-

Beatriz Barboza también declaró el 9 de agosto de 2006 (fs. 576 a 581), y no menciona a Vázquez. Relató que "El 30 de setiembre de 1976 en la mañana iba caminando por una calle de Buenos Aires y se me pararon a ambos lados dos hombres y uno me encañonó con un revólver... uno de los hombres que está sentado en el asiento delantero del vehículo me agarra de los pelos, me hace girar la cabeza para que lo pueda ver y me muestra una cédula uruguaya..." (fojas 576 - 577) "...yo estaba con la cara vendada y esposada, no pude identificar quién me estaba interrogando, no sé si era uruguayo o argentino, yo estaba muy nerviosa, muy asustada" (fojas 578) "Luego, años

después, identifiqué a la persona que me mostró la cédula en el coche que era el Capitán Cordero..." (fojas 579).-

No puede entenderse cómo la Fiscalía puede afirmar que "Tanto Beatriz Barboza como su esposo Javier Peralta... su detención fue un operativo en el que...también señalaron Gilberto Vázquez..." cuando Beatriz Barboza no lo nombra ni lo reconoce, y Javier Peralta apenas insinúa "tengo una idea que pudo haber sido Gilberto Vázquez".-

En la pág. 71, se releva que "Enrique Carlos Rodríguez Martínez... Narró también sus conversaciones con el Capitán Gilberto Vázquez en Bulevar y Palmar, como éste habló abiertamente de los operativos en Buenos Aires, le dijo que la cuestión era política...".-

Enrique Rodríguez Larreta Martínez, como se ha dicho y reiterado, no ha prestado declaración en estos obrados, por lo que pretender hacer valer otras declaraciones como prueba de cargo, viola las reglas de admisión de la prueba traslada.-

En la pág. 81, releva que "Ana Inés Quadros, también precisando conceptos de su declaración anterior (fs. 591 y 592 en especial) afirmó que "...Al mismo tiempo recuerdo que un día me llamó Gilberto Vázquez y me preguntó si sabía que habían sido detenidos todos los compañeros del P.V.P. en Buenos Aires...".-

Estima en función de ello que: "...Ninguna de las supuestas pruebas de cargo, que habilitaron el enjuiciamiento a criterio del Tribunal, se complementaron al grado de poder atribuirles la condición de "plenas" y así dar mérito a una eventual condena, como efectivamente ocurrió .-

Ha sido la Defensa la que reforzó la presunción constitucional, sea aportando prueba de la inocencia de sus defendidos, poniendo de relieve el desprestigio por sus contradicciones e interés de la pretendida prueba de cargo, y señalando las irregularidades formales (y sustanciales) que les privan de todo valor probatorio.-

Afirmamos, sin hesitaciones, que las probanzas tenidas en cuenta para procesar a nuestros defendidos, que son las mismas que según la sentencia se consideraron para condenar, indudablemente no configuran la plena prueba necesaria.-

Respecto de estas 28 víctimas que se han seleccionado como objeto del proceso, la sentencia admite que no se sabe cuándo las mataron, no se sabe dónde las mataron, no se sabe cómo las mataron, no se sabe que hicieron con los cuerpos, pero en cambio hay plena prueba de quiénes los mataron.-

El "non liquen" (no esta claro) de los romanos, el "in dubio pro reo" de los tiempos más recientes, el principio liberal que según el cual es preferible cien delincuentes libres que un inocente encarcelado, debieron constituir la gran directiva; es preferible la absolucón del culpable, antes que afrontar el riesgo de una condena injusta.-

En este caso, que se plantea la situación contradictoria entre la versión de los "testigos - denunciante" (más todos los factores que hacen al menos cuestionable su credibilidad) y la de los sometidos a proceso (más todos los factores que las hacen verosímiles), que niegan la autoría de dichos hechos, el caso debe resolverse necesariamente en beneficio de los justiciables...".-

Sobre el aspecto vinculado al "...término de prescripción: Conforme al literal a) del inciso 1º del art. 117, los delitos que se castigan con pena de penitenciaría, si el máximo fijado por la leyes es mayor de veinte años, hasta los treinta años, prescriben a los veinte años.-

El literal b) por su parte, establece que si el máximo es mayor de diez, hasta los veinte, a los quince años.-

Estas normas constituyen la regla general.-

El inciso 4º del mismo artículo, prevé una situación específica, particular, especial, disponiendo que "Cuando hubiera empezado a correr la prescripción del delito existiendo acusación o sentencia condenatoria no ejecutoriada, será la pena pedida o la impuesta en el fallo, en su caso, la que se tendrá en cuenta para la aplicación de las reglas que preceden."

En el caso de nuestros defendidos, se verifican las dos circunstancias que habilitan la aplicación del trascripto inciso 4º, esto es la existencia de "acusación o sentencia condenatoria no ejecutoriada", coincidiendo además la entidad de las condenas, la pedida y la infringida, en 25 años de penitenciaría para Ramas, Solveira y Vázquez, y 20 años para Maurente y Ssande.-

Por lo tanto, el término de prescripción a considerar, será de 20 años para los tres primeros y 15 años para los dos últimos.-

El comienzo del término de prescripción: La sentencia individualiza en cada uno de los 28 delitos, entre abril y octubre del año 1976.-

Conforme al art. 119 del Código Penal, "El término (de prescripción) empieza a correr, para los delitos consumados, desde el día de la consumación..."

La Defensa conoce, pero no comparte, la corriente jurisprudencia a la adhiere la sentencia según la cual, "el término de prescripción comenzó a correr el 1º de marzo de 1985..."

Esta corriente jurisprudencial, que no fue recogida en forma unánime por nuestros tribunales, se originó en los procesos reparatorios que siguieron contra el Estado ante los Juzgados Letrados de 1º Instancia en lo Civil y de lo Contencioso Administrativo, personas (incluidos varios de los testigos-denunciantes que comparecieron de estos obrados), que alegaron haber sufrido daños y perjuicios por violaciones a los Derechos Humanos durante el proceso cívico militar.-

El fundamento esencial de la tesis, es el recogido en la sentencia enjuiciada, resultante de la aplicación del principio general conforme al cual "al justamente impedido no le corre el término".-

Por cierto, no se controvierte la existencia del principio del justo impedido. Sí se controvierte que en el caso haya existido justo impedido de juzgar.-

En primer término, corresponde puntualizar que la Justicia uruguaya no se vio impedida de actuar.-

La tesis recogida por la sentencia, parte de la base excesivamente simplista de sostener que el Poder Judicial, desde el 27 de junio de 1973 perdió por completo autonomía y potestad de juzgar, cuando ello no es verdad, no sólo porque el Poder Judicial mantuvo sus competencias propias de Poder del Estado hasta el mes de julio de 1977, en que fue dictado el Acto Institucional N° 8, sino porque aún después, muchos magistrados continuaron cumpliendo dignamente su función.-

El principio de "al justamente impedido no le corre el término" podría tener razonable recepción en los procesos reparatorios, en razón de que podía considerarse que los actores, sujetos de derecho privado que alegaban haber sufrido violación a sus Derechos Humanos, se encontraban razonablemente impedidos a presentar sus demandas contra el Estado, por lo que los jueces (y durante todo el proceso hubieron jueces que ejercieron su magistratura dignamente, con honor y valentía), no podían conocer de asuntos que no llegaban a plantearse.-

Pero el fundamento, que reiteramos podría ser atendible en materia civil, no puede traspolarse sin más al proceso penal.-

El artículo 10 del Código del Proceso Penal dispone que "La acción penal es pública, su ejercicio corresponde al Ministerio Público y es necesario en los casos determinados por la ley."

Enseña Arlas, "que la acción penal, como toda acción procesal, es un derecho subjetivo público, ejercido por el Ministerio Público" (Comentario del Código del Proceso Penal, pág. 50).-

El Ministerio Público, representa al Estado, y el Estado es único (Principio de continuidad de la personalidad del Estado), sea cual fuere el gobierno que tuviere, sea quienes fueren las personas que ocupen los cargos de gobierno, sea cuales fueren las tendencias que imperen en cada época.-

La prescripción de los delitos se rige por fundamentos propios y radicalmente diversos del principio del justo impedido o de la posibilidad e interés del Estado por perseguirlos (contra volentem non agere praescriptio currit, es decir, que la prescripción corre contra quien no quiere actuar). Estas razones propias atienden, en la lógica del Código, a una atenuación hasta la desaparición, de la peligrosidad del autor.-

No es cierto entonces que hasta el 1º de marzo de 1985 el Estado uruguayo como titular de la acción penal, estuviere "justamente impedido" de actuar.-

Así como las personas físicas deciden su accionar por su voluntad y las personas jurídicas por la voluntad de los soportes de sus órganos directrices, el Estado, persona jurídica de Derecho Público, se decide a actuar a través de lo que se conoce como "voluntad política".-

Lisa y llanamente, entre 1976 y 1984 no hubo "impedimento" lo que no había era voluntad (política) de actuar, como tampoco la hubo después de 1985 y hasta 2005; sean cuales fueren las razones en que se cimentaba esa voluntad; era una situación de "no querer" y no de "querer y no poder"

Y las consecuencias de esa ausencia de voluntad para actuar, que no puede atribuirse a nuestros defendidos, tampoco puede recaer en ellos, extendiéndoles el comienzo del término de prescripción.-

Si la prescripción estuviera ligada a la voluntad o posibilidad de actuar del Estado, no sólo no se explicaría el amplio espectro de lapsos de prescripción, según la naturaleza del delito, sino que el que término que existiera para juzgar, además de ser único y adecuado al idéntico deber del Estado de proceder tempestivamente, debería ser necesariamente más breve que los que lucen en el código, por cuanto es razonable que quien puede y debe actuar lo deba hacer en términos relativamente más tempestivos que en dos, cuatro, diez, quince o veinte años, respectivamente.-

Con destacada uniformidad, la doctrina recoge estos principios de la prescripción, propios y ajenos al contra volentem non agere preescriptio currit...".-

Abunda que "...La extensión del término de prescripción por la presunta "peligrosidad" no es aplicable. A. Tesis de la sentencia: Hay que atender la peligrosidad a la época de la comisión del delito - Los condenados son sujetos peligrosos: La sentencia, tras recordar que "los parámetros previstos en el artículo 123 para la elevación del término de la prescripción, constituyen una extensión de éste para los homicidios peligrosos", afirma que "las referidas calidades deben ser apreciadas al momento de la consumación del ilícito y no con posterioridad a su acontecimiento y esto por razones de seguridad jurídica, ya que en caso contrario la situación podría variar de un momento a otro." La Defensa siente que debe señalar el cambio de criterio del magistrado. (...) B.- Tesis a la que adhiere la Defensa: No se debe aplicar el art. 123 del Código Penal a la situación de autos porque la peligrosidad debe ser actual: La Defensa no desconoce que la tesis a la que adhiere la sentencia ha recibido ya el patrocinio del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno (L.J.U. C. 15.303), no obstante lo cual, adhiere a la que sustentara el Juzgado Letrado de 1º Instancia en lo Penal de 11º Turno en el mismo caso, conforme a la cual, "la peligrosidad de los sujetos... debe mantenerse actualmente, ya que la norma establece, en modo indicativo presente, "que se perfilen en concepto del Juez como sujetos peligrosos."

Invocar "razones de seguridad jurídica, ya que en caso contrario la situación podría variar de un momento a otro" es efectista pero no real, porque para la determinación de la peligrosidad y la aplicación o no del art. 123, ha de atenderse en un único momento: al resolver.-

La Defensa disiente de el razonamiento de la sentencia, cuyo centro de gravedad parece estar en la afirmación según al cual el término de la prescripción queda delimitado en el momento mismo de la consumación .-

Este criterio data venia confunde culpabilidad con peligrosidad. En el momento de la consumación, lo que queda delimitado es la culpabilidad del sujeto, con vistas a la pena. La culpabilidad mira hacia el pasado.-

La peligrosidad es un extremo que el juez deberá evaluar con vistas al futuro, teniendo en el hecho, los antecedentes y, sobre todo, la calidad de las circunstancias concurrentes. Esa es la evaluación que normalmente hace el juez, tratándose de delitos no prescriptos, para la aplicación de la pena, en un Código de defensa social como lo es el nuestro, de conformidad a los arts. 50, 53 y 86 CP.-

Por cierto, el concepto de peligrosidad, en sí mismo, como referido al pronóstico de una repetición del delito o la comisión de delitos futuros, no tiene buena recepción, ya sea en la doctrina, ya en la jurisprudencia del país, las que prefieren utilizar un derecho penal de culpabilidad.-

Según esto, los delitos prescriben, a lo más, a los 20 años, aunque la pena que se les pudiera atribuir fuera de 30 años. El criterio de mera culpabilidad no habilita suplemento alguno de prescripción, cualquiera fuere la gravedad del hecho imputado.

Ello hace patente que el art. 123 previene, cuando eleva el tiempo de prescripción, no es el castigo según un régimen de culpabilidad derivado de la gravedad del hecho (de ser así, directamente habría establecido el suplemento para los casos en que la pena excediera los 20 años, cosa que, manifiestamente, no hizo en el artículo 117, literal "a" del Código Penal), sino

porque, por las características del delincuente (reincidente o habitual) o la gravedad del hecho en sí mismo, los móviles o los antecedentes, el sujeto se perfilara "en concepto del Juez", como un sujeto peligroso.-

Se advierte claramente que lo que se quiere mantener en un derecho de defensa social es la posibilidad de adoptar medidas contra un sujeto no culpable en el pasado (por mayor que sea la culpa que se le endilgue), sino contra un sujeto actualmente peligroso.-

Es por ello que se rechaza el argumento central de la tesis que se impugna, por el cual la peligrosidad queda cristalizada en el momento de la comisión del hecho..."-.

Se adiciona a dicha fundamentación que "...No es aplicable el art. 123 del Código Penal porque está derogado. La derogación resulta de una interpretación abrogatoria, por controvertir al sistema de culpabilidad instaurado por el mismo Código Penal, y por contrario a normas y principios de rango constitucional.-

"Irureta Goyena, partidario de la corriente de la defensa social, peligrosista, consagró las normas legales pertinentes, fundamentalmente porque "la pena debe ser próxima al delito" en orden a la peligrosidad del autor..." (Langón Cuñarro, op. cit. pág. 55, con cita a pie de página de Irureta Goyena, J. "Notas explicativas"...).-

El mismo autor previene la existencia de "la postura general de resistencia a la aplicación de criterios crudamente "peligrosistas", que de alguna manera vienen a conculcar el principio de culpabilidad, que señala la necesidad de castigar sólo por lo que se hizo no por lo que supuestamente se es, en síntesis, conforme a un derecho penal de acto y no de autor." (Op. cit, nota al pie de la pág. 57), y dadas las circunstancias, nuestros defendidos "se quiera o no, se convertirían en especies de chivos expiatorios por todo lo ocurrido en aquella aciaga época de la historia del país, ejerciéndose a su respecto, además nominativamente, una forma de selectividad negativa, contraria al principio de igualdad ante la ley (art. 8 de la Constitución)." (op. y loc. cit.).-

El artículo 123, no sólo es contrario al propio sistema del Código Penal, sino a los artículos 8º, 10º, 18º, 72 y 332 de la Constitución, desde que vulnera el derecho inherente a la personalidad humana y derivado de la forma republicana de gobierno a ser juzgado por los actos que pudo haber cometido, y no por su presunta peligrosidad.-

Si así no fuera, podría llegarse al absurdo de admitir la posibilidad de legitimar una condena contra aquel que, aún cuando no hubiera cometido acto delictivo alguno, sea declarado sujeto peligroso..."-.

En definitiva concluyen que "...Por tales consideraciones, la Defensa, reclama al Tribunal se sirva interpretar, al momento de fallar, que el artículo 123 del Código Penal se encuentra derogado, y en su mérito se sirva anular la sentencia de primera instancia..." ya que ... Ha operado la prescripción (...) B. Litispendencia - Cosa Juzgada. La `desaparición´ forzada de Waldemar Adalberto Soba Fernández, de la Alberto Cecilio Maechoso Méndez y de las restantes 26 personas por cuyos homicidios se condena, ya han sido juzgados

por la Justicia Argentina, lugar en el que se produjeron sus detenciones y `desapariciones´, por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de la Capital Federal de la República Argentina, (Ex Secretaría N° 9 Actual N° 6), en el Expediente N° 42,335 bis, habiendo recaído sentencia absolutoria el 2 de marzo de 1993 (fs. 2166 del citado).-

Estos mismos casos, son también instruidos, por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7 de la Capital Federal de la República Argentina, Secretaría N° 14, en el Expediente N° 13.445/99 (conocido como "Plan Cóndor"), según denuncia formalizadas por la Sra. María Elena Laguna De Soba (obrante a fs. 1212), a la que se sumó la formulada por la Sra. Beatriz Castellonese De Mechoso (que obra a fojas 1220), denuncias que fueron anteriores a la realizada en estos obrados.-

En nuestro país, ante el Juzgado Letrado de 1° Instancia en lo Penal de 2° Turno, en el expediente N° 90-10462/2002, se han agregado los autos caratulados "Enrique Rodríguez Larreta Piera, Enrique - Denuncia", seguido con la Ficha P 190/84, originario del mismo Juzgado Letrado de 1° Instancia en lo Penal de 2° Turno.-

A este último, invocando razones de economía procesal, conexión objetiva y subjetiva se agregaron los autos caratulados "Antuña de Gatti, María Elena, Donadío de Méndez, Marta Luisa, Pereira de Duarte, Hortensia - Denuncia", seguidos con la Ficha P100/85 ante el Juzgado Letrados de 1° Instancia en lo Penal de 4° Turno, y los autos caratulados "Malugani, Violeta; Gonzalez de Prieto, Milka; Gatti de Islas, Esther; Hernández, Irma; Ibarburu, Luz María; Recagno, Adhemar; González Souza, Asunción - Denuncia" seguidos con la Ficha P 519/85 ante el Juzgado Letrado de 1° Instancia en lo Penal de 5° Turno.-

Ambos expedientes se encuentran agregados en la Pieza N° 16, de fojas 4.222 a 4.990.-

Todas estas causas fueron archivadas en su momento por los Magistrados intervinientes en aplicación de la Ley 15.848, de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y posteriormente agregados al Expediente N° 90-10462/2002 , en el que se dictó por la Suprema Corte de Justicia, la Sentencia N° 332.-

(...) No sólo los delitos se extinguieron, por lo que es nula cualquier condena, sino que, en violación al principio "non bis in idem", estamos ante una cuarta instrucción por el mismo asunto, que al estar al estado de las actuaciones que vienen de identificarse, y según se quiera interpretar la sentencia N° 332 de la S.C.J., la sentencia N° 37 dictada por el Juzgado Letrado de 1º Instancia en lo Penal de 19º Turno , es nula por violar tanto la Cosa Juzgada como la Litispendencia....”.-

En otro aspecto sostiene la Defensa "...Sobre la "Obediencia debida" en el caso: Todos los imputados actuaron en el marco de sus respectivos destinos militares o policiales, destinos que eran dispuestos por le mando y no `a elección´ (ni siquiera `a pedido´) de los destinados.-

(...) Por lo tanto, aún cuando fueran ciertos los hechos imputados a esos Oficiales de rango medio o subalterno de la época, que reiteramos no lo son, salvo que se les pretenda como chivos expiatorios, se encuentran exentos de responsabilidad conforme dispone el artículo 29 del Código Penal.-

En definitiva, solicita que se anule la sentencia recurrida y en su defecto se revoque la misma absolviendo a sus defendidos y en subsidio, se abatan sensiblemente las penas.-

5) De fojas 9.455 a 9.460, expresa sus agravios la Defensa de Ricardo Medina, los que, en síntesis se transcriben a continuación.

Sobre el recurso de nulidad "...Por otra parte la sentencia de marras dese nuestro juicio da paso a un aspecto reclamable por la nulidad: el fallo ultra petita. Que se da de forma indirecta, pero que no deja de terminar afectando a nuestro defendido...".-

Sobre el fondo estima que en autos existe "...Carencia Probatoria. Situándonos en el marco de la sentencia, partamos de la base de que el mismo atribuye la comisión, en calidad de autor, de veintiocho delitos de Homicidio, muy especialmente agravados, en reiteración real.

La sola mención de la tipificación endilga por parte del Magistrado, pone en mente de cualquier analista del fallo, la necesaria búsqueda del basamento probatorio que pueda dar paso a tamaña condena.

Sin embargo la solidez probatoria que pretende dar la sentencia a la condena se desmorona a poco que recorramos las líneas argumentales del fallo.-

Repasaremos el fundamento de la responsabilidad de Medina de acuerdo a la impugnada: su responsabilidad emerge por el cargo jerárquico que ocupa en el SID en el momento de la ocurrencia de los hechos y su participación en la casa de Punta Gorda, en el local de Bulevar y Palmar y en la operación del chale "Suzy", operaciones donde siempre tuvo un rol preponderante. A ello debe agregarse el interés demostrado en la localización de Armando Arnone, al punto que cuando interrogó a Sara Méndez le exhibió su fotografía, hizo referencia a su problema físico e incluso la indagó sobre su eventual parecido con aquel.-

Lo que acabamos de transcribir es lo que convece al Juez para atribuir la autoría de 28 delitos de homicidio.-

Este párrafo es la base que sustenta la condena, asignado una responsabilidad penal objetiva, o lo que es peor aún una atribución penal sin conducta, en abierta discordancia con la responsabilidad subjetiva penal, que se proyecta como adecuada desde la Dogmática Penal para atribuir cualquier

forma de responsabilidad. En palabras de Zaffaroni: "El Derecho Penal pretende regular conducta humana, no pudiendo ser el delito otra cosa que una conducta.", prosigue más adelante "El principio nullum crimen sine conducta es una elemental garantía jurídica. De reprocharse el mismo, el delito podría ser cualquier cosa, abarcando la posibilidad de penalizar el pensamiento, la forma de ser, las características personales, etc." (Eugenio Raul Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. Parte General, pág. 338. sexta edición).-

Cabría aquí repasar las estructuras básicas de la autoría conforme al artículo 60 de nuestro Código Penal. Como es sabido la misma se divide en autoría inmediata y autoría mediata. De autos no surge que se haya determinado a ningún impune o inimputable a cometer los delitos de homicidio que forjan la condena.-

Por tanto debemos centrarnos en la fenomenología que caracteriza y delinea al autor inmediato. Ese es el que aparece en el numeral 1º del precitado artículo que explicita que nos enfrentamos a quien desarrolla los actos consumativos del delito.-

Quiere decir ello que la Sentencia debería hacer emerger la responsabilidad de prueba que acredite que en 28 oportunidades Medina dio muerte a tenor de lo que establece el tipo base del artículo 310 del Código Penal. Nada de ello sucede.-

Al repasar el extenso fallo jurisdiccional no se advierte ni siquiera un solo basamento probatorio que funde tal aseveración.-

Se encarga la sentencia de establecer un cargo jerárquico y un rol preponderante, los mencionados cargo y rol (inexplicables e insostenibles a la luz de que era un oficial subalterno, insostenibilidad que se solidifica cuando la Sede no establece lo que la lleva a concluir de tal forma) no basta. Si se pautan 28 delitos de homicidio en calidad de autor, 28 desarrollos probatorios deben concluir que en 28 veces dio muerte, cosa que no sucede ni una sola vez...”.-

Sobre el informativo testimonial señala: “...Tal como estableciéramos en la contestación a la acusación, esos testimonios que se extraen de aquellos individuos aprisionados contemporáneamente a los hechos que se investigan. La situación de enfrentamiento, la carga subjetiva de la militancia, la construcción de una imagen que se desprecia y rechazan un pretendido afán de una cuestionable modalidad de justicia, el propio transcurso del tiempo, la cercanía y amistad con los individuos que son presuntas víctimas, etcétera, desvirtúan por completo el valor probatorio en la especie y tampoco pueden cumplir un verdadero rol cognitivo de cara a la decisión en el grado.-

No es la predicha la idoneidad testimonial que debe buscarse en el marco de un proceso jurisdiccional. Pero en el grado el Magistrado ha optado por asimilar esa prueba.-

Ahora bien, apréciase lo siguiente y acompañemos imaginariamente la receptividad del decisor en esta materia: el mismo se encarga de establecer en la recurrida que la forma precisa y clara de establecer aspectos hasta minuciosos que a su entender calza los puntos necesarios para tomarse como prueba válida. En ese marco también la carencia de responsabilidad surge

clara, pues el Magistrado para condenar a Medina desde este punto de vista debe recurrir al ya multitransitado evento de la exhibición de la fotografía del Sr. Arnone. Mientras frente a este discutido hecho (que motivó un careo con la Sra. Sara Méndez) existe una inacabable lista de testimonios que jamás lo mencionan. Penosamente para la causa, ello no se ha sopesado debidamente...”.-

Entiende que es inaplicable la peligrosidad: “... Y bien, recordemos una vez más las razones que hacen inaplicables el artículo 123 del Código Penal, al que recurre el legislador para abrir la puerta a que un Juez pueda incrementar en un tercio el plazo de la prescripción es el de la peligrosidad.-

Por tanto, resulta de cardinal importancia en primer lugar, desentrañar lo que se esconde tras el concepto de peligrosidad para sentar la base gnoseológica necesaria a efectos de analizar si la misma colide o no con algún precepto de la Constitución de la República.-

La peligrosidad como instituto de incidencia en el Derecho Penal, tiene su origen dentro del campo de la Escuela Positiva. Autores como Lombroso, Garofalo y Ferri, son algunos de quienes forjaron esta concepción por oposición a la denominada Escuela Clásica, donde sobresale la perenne construcción de Carrara.

No resulta esta la ocasión para desarrollar un detallado análisis de la metodología elaborada por la Escuela Positiva, pero sí es menester abordar la misma por lo

menos de forma somera, a efectos de dar el contexto científico necesario para comprender en mejor medida al fenómeno de la peligrosidad.-

La Escuela Positiva se encuentra ubicada temporalmente en la segunda mitad del siglo XIX, proponiendo sin lugar a dudas un giro radical con relación a la concepción clásica: la lucha contra el delito a través del combate a sus causas.-

Evidentemente que el contexto conformado por la Revolución Industrial y la propia construcción de Charles Darwin (quien fue discípulo de Césare Lombroso) ambientaron de un modo más favorable la generación de esta corriente de corte etiológico donde se pasaba a posar la mira en quien delinquía.-

Las características metodológicas y criminológicas del positivismo las resume claramente Pesce (Eduardo Pesce Lavaggi Lecciones de Derecho Penal, I Montevideo, Carlos Alvarez Editor, 2003, ps. 132 y 133) bajo seis ámbitos de análisis: método, coartada ideológica, Defensa Social, delito como ente natural, la lucha contra el delito y la concepción clasista.-

Con relación al método, el mismo se perfila como causal - explicativo, donde la inducción es la norma. Ergo, a partir de los casos concretos se induce la regla que los rige.-

En cuanto a la coartada ideológica, se manifiesta en tanto se aborda al orden social a partir de conocimiento de las reglas que regulan los fenómenos sociales. Ese conocimiento es el que permite fortalecer con empirismo el orden para obtener el progreso.-

La Defensa Social parte desde la negación del libre albedrío, ya que se sostiene un determinismo con relación a la comisión de delitos. En ese contexto se afirma la necesidad de defenderse de ese fenómeno predeterminado y no elegido por el individuo. Es allí en donde la Escuela Positiva genera una herramienta que permite establecer el grado de determinación del individuo hacia el delito: la peligrosidad. Y la peligrosidad (a diferencia de lo que propugnaba la Escuela Clásica mediante la culpabilidad) se erige como el fundamento y la medida del castigo.-

Por otra parte, se concibe al ilícito penal como ente natural. Significa esto que el fenómeno delictivo se perfila como un comportamiento antisocial pero enraizado en la naturaleza del individuo. En tal marco, la comisión del delito significa un síntoma de peligrosidad del sujeto. A todo ello cabe sumar que esta concepción en particular da pie a la formulación causal - explicativa.-

En cuanto a la lucha contra el delito, la misma implica combatir sus causas. Emerge allí la necesidad del diagnóstico etiológico para delinear el mejor tratamiento. Es con ese basamento que se impulsa la adopción de sustitutivos penales que en lo punitivo se concretizan en medidas de seguridad ya que por una parte no puede castigarse a quien no es libre y por la otra la sanción persigue objetivos terapéuticos.-

Por último, la concepción clasista establece que el delincuente es un verdadero enemigo del cual la sociedad tiene derecho a defenderse. Magníficamente señala Pesce: El delincuente deja de ser un sujeto de derecho, para convertirse en el objeto de un tratamiento (Conforme: Eduardo Pesce Lavaggi, ob. cit., p. 133).-

Tal como se aprecia, la peligrosidad, resulta basamento cardinal que condiciona toda la estructura conceptual desarrollada por la Escuela Positiva.-

Ahora bien, conceptualmente, a peligrosidad es un juicio pronóstico. Es decir, se analiza al sujeto de acuerdo a los parámetros metodológicos señalados y a partir de allí se mira al futuro, y mirando al futuro es que se estima si ese individuo puede llegar a cometer delitos, si su sintomatología lo perfila como peligroso y por ende como un objeto que deberá recibir un tratamiento sin perjuicio del derecho inmanente de la Sociedad a defenderse de ese objeto que puede llegar a dañar su integridad.-

A efectos de abordar la conceptualización de una forma más acabada, digamos que en sede de culpabilidad, este instituto se filtra mediante la denominada teoría sintomática de la culpabilidad. Señala al respecto Gonzalo Fernández "...la teoría sintomática de la culpabilidad y del delito sopesa al hecho punible como un simple síntoma, que pierde relieve ante el total universo subjetivo-anímico del autor. Este criterio implica, lisa y llanamente, amarrar la teoría del delito al ámbito de la peligrosidad criminal, cayendo así en un derecho penal de autor, y no de acto, lo cual plantea serios reparos doctrinales (Conforme: Gonzalo Fernández, Culpabilidad y Teoría del delito, I, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 1995, p. 251 y 252..."

Solicita que, en definitiva, se revoque la sentencia impugnada respecto de su defendido y se lo absuelva.-

6) Que de fojas 9.463 a 9.489, la Señora Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de Segundo Turno, evacuó el traslado conferido, y, a su vez, expresó sus agravios, en virtud de haber adherido al recurso de apelación.

Manifestó en lo medular: "... La sentencia objeto de impugnación concordó, en términos generales, con el análisis de la copiosa prueba incorporada.- Por consecuencia, estimo que la condena a los encausados se ajusta a derecho y, en ese sentido abogo por su confirmación.- Los agravios expresados por las Defensas de los encausados deben contestarse por separado, en tanto presentan singularidades, si bien, por la propia naturaleza de los ilícitos, hay consideraciones que pueden hacerse extensivas a los dos casos.-

Adherí asimismo al recurso de apelación en razón de que el delito atribuido fue el de homicidio muy especialmente agravado, en todos los casos, y esta Fiscalía mantiene su criterio inicial, sosteniendo que la figura que mejor se adecua a la relación fáctica, es la de desaparición forzada de personas.- A continuación desarrollaré los argumentos en que fundo tales asertos.

Sobre la contestación de los agravios dijo: "... Al igual que en el caso de la Defensa de Gavazzo, la Defensa de los imputados puso en cuestión la propia existencia del "Plan Cóndor" y sostuvo basándose en su acta fundacional, "que no fue un "plan", sino un "sistema", un sistema coordinado para el intercambio de informaciones destinado a contrarrestar las actividades de personas y grupos vinculados a actividades subversivas y terroristas que en el marco de la denominada "Guerra fría" se había instalado en la región, enlazados para sus operaciones a través de la Junta Coordinadora Revolucionaria, creada en 1973 y dirigida desde Cuba".-

Reproduciendo lo expuesto en ocasión de contestar la argumentación de los señores defensores en aquella oportunidad, estimo que a esta altura de las investigaciones judiciales en Argentina, Chile y Paraguay, así como en las que se vienen realizando en nuestro país, en distintos expedientes, ya nadie niega la existencia de ese Plan Cóndor, que asoció a las dictaduras de la región en las prácticas del terrorismo de Estado..." y concluyó que "...En definitiva, la prueba que obra en autos, que la sentencia apelada valoró tiene, a mi juicio, la contundencia necesaria para excusar mayor desarrollo argumental acerca de la coordinación operativa entre Uruguay y Argentina y sus características, corresponderá al Tribunal "a quem" examinarla y sopesarla, pero resultaría tedioso e innecesario enumerar jurisprudencia nacional y extranjera corroborante.

A mayor abundamiento, el Ministerio de Defensa remitió en la etapa de prueba "documentación que testimonia la existencia de la Operación "Cóndor" (vide fojas 8.368).- Desde fojas 8.416 en adelante se registra intercambio de comunicaciones entre "Cóndor 1 " (al parecer Argentina) y "Cóndor 5 (Uruguay).- Por si fuera poco, a fojas 8.428 el Mayor José N. Gavazzo firma como "El Jefe de CONDOROP", en fecha 16 de agosto de 1976.- El propio Gilberto Vázquez, por otra parte, afirmó que habían creado el Plan Cóndor, atribuyéndose protagonismo, en declaración mencionado en el primer dictamen de esta Fiscalía..."-.

Sobre la prueba de autos expresó: "...Tenemos que la Investigación Histórica sobre detenidos desaparecidos, en cumplimiento del art. 4º de la ley 15848, es una publicación oficial del Poder Ejecutivo, por lo tanto, lo allí consignado es un elemento de prueba indubitable. Contiene transcripción de documentos emanados de fuentes también oficiales (algunos de los cuales se incorporaron al expediente en copia autentica) como los informes de los Comandantes en Jefe, o las anotaciones en las Fichas de los detenidos desaparecidos en dependencia militares o policiales.- Recogió además todos los testimonios recibidos en distintas épocas sobre el hecho mismo de la detención y todas las gestiones posteriores.

Con relación a los documentos, es claro, a mi entender, que debe asignárseles el valor que como tales corresponde, en tanto da fe de su existencia la propia autoridad estatal.- La transcripción total o parcial de declaraciones, no prestadas ante la Sede, tendrá la fuerza probatoria que de acuerdo a las reglas de la sana crítica le asigne el magistrado .-Puesto que no se toman aisladamente, la confirmación de su veracidad surgirá (o no) de la concordancia con otros testimonios o documentos.- En el caso, se trata de un trabajo completo y laborioso, avalado por el propio Estado, que se complementó con la incorporación de documentos que sirvieron de base para su confección.

Por ejemplo, en cada ficha consta que un Fiscal Militar indagó, acerca de la desaparición de determinada persona, a militares que ahora están procesados, en cumplimiento del artículo 4º precitado, luego de sancionada la ley.- El dato está extraído de expedientes compulsados por los historiadores, no puede ser puesto en tela de juicio. Son indicios, que ilustran acerca de la información previa, o al menos de la sospecha, que las propias autoridades militares podían tener sobre esos efectivos, por el hecho de haber participado en operativos en Argentina.

En cuanto a las investigaciones de la Comisión para la Paz, en su momento el Poder Ejecutivo, por decreto, les dio valor de verdad oficial.- Por supuesto que esa decisión no puede ser trasladada al expediente.- No es posible pasar por alto, sin embargo que, además de la búsqueda y agregación de documentos, los integrantes de la Comisión recibieron testimonio, en régimen de reserva, a militares retirados y en actividad.- y que en base a esos datos concluyeron en la ocurrencia de graves violaciones a los derechos humanos durante el período dictatorial y, por primera vez, se reconoció desde el Estado la existencia de los detenidos desaparecidos. Los legajos de la CONADEP, que la Comisión para la Paz manejó, son asimismo el fruto del trabajo de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas en Argentina, investigación que se funda en aportes documentales y testimonios directos...”.-

Agregó sobre este aspecto “...otro agravio referido a la prueba, afirma que "la Sentencia siguiendo a la acusación viola los principios y normas que regulan la prueba trasladada".

Sin embargo, tal como indicó más adelante, coincidiendo con el temperamento de la Fiscalía, la Sede dispuso incorporar a esta causa las probanzas diligenciadas en el expediente IUE-98-247/06 (seguido por los mismos hechos a José Nino Gavazzo y Ricardo Arab) que se practicaron con la notificación correspondiente a las defensas de los encausados.- En esa ocasión se resolvió la recurrencia de los señores defensores, parcialmente fundada, no hubo reclamación posterior y continuó la secuela del proceso.- Por consiguiente, la invocación de nulidad en esta etapa resultaría extemporánea. Acerca de la posible omisión marcada. "En su valoración, no se atiende al aporte de la Psicología Forense" no me queda muy clara cual debió ser la actividad del Juez, salvo que se la correlacione con los apartados siguientes, en los que se afirmó que no habría evaluado los testimonios según "la razón de sus dichos" y tampoco habría considerado respecto de ciertos testigos "circunstancias de sospecha".-

Esas circunstancias de sospecha se extrajeron de publicaciones de terceros, o de frases descontextualizadas sin reparar que las víctimas de estos horribles crímenes se transforman, en ese discurso, en victimarios.- La razón de los dichos de cada uno de los testigos resulta de la propia narración y de las circunstancias en que conocieron lo declarado.- En ese punto estimo que no me cabe efectuar mayores desarrollos.-

No se invirtió la carga de la prueba.- Lo que se puso en relieve fueron las propias circunstancias que rodearon la producción de la misma, las dificultades para obtener información, la abierta mendacidad, no solo de los imputados (a quienes asiste derecho a guardar silencio y aún a mentir) sino también de los testigos necesarios (efectivos militares de la época) y la ausencia de documentos y registros que debieron existir.-

Indudablemente, en las hipótesis de violaciones graves de los derechos humanos, los criterios rectores para la valoración de la prueba deben responder a las pautas marcadas por la jurisprudencia garantista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los que en su momento hice referencia.-

De todos modos, es muy claro que en este expediente los encausados gozaron de todas las prerrogativas que por derecho les correspondían, conforme a las normas del debido proceso.- Pudieron repreguntar, solicitar careos, producir la prueba que consideraron del caso...”.-

También contestó que "...Se formuló, a título de agravio, la interrogante de que cosa se debió probar para atribuir responsabilidad y condenar, y a continuación se enunciaron los hechos que, en opinión de la Defensa, no pudieron ser plenamente probados.

La noción de coautoría expuesta en su momento, desarrolló la idea de ejecución conjunta, en tanto los imputados, en diverso grado, cumplieron una función determinada en el grupo operativo.- Siempre en el marco de la situación dada: militares y policías que tuvieron a su cargo la desarticulación de determinado Movimiento, actuando ya en Argentina, ya en Uruguay, donde efectuaron detenciones sin formalidad legal, proveyeron lo necesario para los traslados de un país a otro o los facilitaron, custodiaron a las personas así apresadas, ya fuere en centros clandestino de Buenos Aires o de Montevideo, donde fueron sometidos a tormentos físicos o psicológicos y esas personas desaparecieron después.- Se desconoce su destino final, situaciones que para esta Fiscalía configuran los delitos de desaparición forzada.- Se presume naturalmente su muerte y, para el sentenciante esos hechos encuadran en la figura penal del homicidio.

No habrá, por las razones expuestas al pedir enjuiciamiento y acusar, testigos directos de esas desapariciones u homicidios.- Las ejecuciones extrajudiciales no se hicieron públicamente.- La nota de clandestinidad es justamente la característica de todo este proceso.- Ni aún se registran las detenciones, que se tuvieron por plenamente probadas a través de un cúmulo de documentos, testimonios e indicios que se concilian entre sí.-

La plena prueba versó, y así fue establecido, acerca de esas detenciones ilegales, del confinamiento de los prisioneros, de las torturas infringidas, del traslado de un numeroso grupo en avión militar. El hecho actual de la desaparición no requería otras pruebas.- Esas personas fueron llevadas a la fuerza desde sus domicilios, lugares de trabajo, o sitios públicos por las

Fuerzas combinadas de argentinos y uruguayos y no puede conocerse lo que hicieron con ellos...”.-

Abundó sobre la prueba de cargo a su juicio que “...Volviendo sobre los hechos probados, en el apartado VII se pretendió, en extensa relación, revisar toda la información recopilada acerca de la ocurrencia de los vuelos del 24 de julio y del 5 de agosto, en el que se transportaron prisioneros a Uruguay, desde la base operativa de Automotores Orletti.-

No está en cuestión, al parecer, el del 24 de julio.- En ese caso están los testigos sobrevivientes, la constatación de la falsa operación de apresamiento, en zona balnearia y en hoteles céntricos de Montevideo, de personas que presuntamente habían "invadido" territorio uruguayo.-

Pasaremos por alto lo del "manipulado" fuero de atracción, que no amerita comentarios.- Son suficientes las resultancias del expediente.

Todas las disquisiciones sobre la exactitud del informe del Comandante Enrique Bonelli deben ser rechazadas, en particular la referida a las "fuentes".- Ante el requerimiento el Poder ejecutivo, la Fuerza Aérea realizó una investigación interna que culminó en la comunicación donde están los datos de los dos vuelos.- Es un documento oficial y concuerda con lo que se había difundido antes.- Enrique Bonelli, dijo, integró la tripulación del primer vuelo, y aunque no dio nombres de los del segundo, sí confirmó su ocurrencia...”.-

En cuanto a la "... La coordinación del SID con el OCOA está también probada.- El hecho de que Ramas y Silveira pertenecieran a este último organismo no significa que no pudieran cumplir operaciones conjuntas.- Resulta acreditado que ambos aparatos estaban centrando esfuerzos en la identificación y detención de los integrantes de la ex. OPR 33, ya por ese entonces PVP. La asignación territorial a uno u otro servicio nunca fue obstáculo para que hubiera operaciones combinadas, incluso con la Dirección Nacional de Información e Inteligencia (DNII) de la Policía.- Como resulta, por ejemplo, del legajo del Coronel Ramas, o de la presencia del Comisario Hugo Campos Hermida en Orletti.-

Tanto Ramas como Silveira participaron en interrogatorios y fueron reconocidos.- Asimismo, en el documento (cuya copia luce glosada) donde se detalla la detención de Jorge Zaffaroni y María Emilia Islas, extendido en Argentina y por Servicios de ese país se consigna: "Entregados a OCOAS".- La copia de ese documento (multicitado) resulta avalada, en cuanto a su autenticidad, por haberse recibidos de la Secretaría de Seguimiento, que a su vez actúa en convenio con la Secretaría de Derechos Humanos de la República Argentina y el original fue presentado en juicio...".-

En otro aspecto de la contestación de agravios expresó el Ministerio Público "...Se da la paradójica situación de que los testigos -víctimas se transformaron ahora en acusados por la presunta falsedad de sus deposiciones.- En la época en que muchos uruguayos buscaban asilo en países extranjeros, en plena dictadura, se fueron armando denuncias con datos que se iban obteniendo en forma fragmentaria- Es claro que en esos tiempos no se tenía información suficiente sobre los verdaderos nombres de los militares que operaban, sólo un paciente trabajo de investigación, en especial de Familiares de detenidos desaparecidos, y de algunos liberados, permitió esclarecer en sucesivas etapas la identidad de los represores.-

En el mismo sentido se marca discrepancia en el señalamiento de que "no se relevan en la sentencia en los declarantes de circunstancias que afectan su credibilidad, tales como el haber sido sometidos a tratos degradantes en la Argentina, el parentesco o relación con personas que figuran en las listas de "desaparecidos" y su convicción de que militares uruguayos pudieran haber tenido anticipación en ello, su vinculación con movimientos guerrilleros de la época, que tenían a las Fuerzas Conjuntas como su enemigo en el terreno bélico..." Y la consecuencia indicada de que "así como la muerte era su objetivo ante el enemigo cuando la disputa se libraba en el terreno del enfrentamiento armado, el enjuiciamiento, prisión y condena lo es en la actualidad, cuando el mismo enfrentamiento se ha trasladado a la órbita el Poder Judicial".-

Lo cual importa, no sólo el relevamiento de una causal de sospecha sino la afirmación de una finalidad espúrea, prácticamente la asignación de la calidad de guerrilleros y subversivos, empeñados en la destrucción del enemigo, a familiares de las víctimas, y a personas que sufrieron cautiverio y tortura.-

Descontando que los militares no declararán en su contra y descartando a los testigos necesarios, no podría nunca llevarse a cabo investigación alguna.- En esa misma línea de pensamiento se halla la interrogante de fojas 9.339 sobre los testimonios que incriminaron a Silveira, que merecerían algún comentario: "¿ Será acaso que como por aquel entonces no pudieron matarlo, ahora lo comprometen penalmente ?"

Todas las disquisiciones sobre los testigos de cargo, así como las declaraciones de los Generales Bertolotti, Díaz y Barneix responden a descripciones que en su momento dieron mérito a la formulación del dictamen acusatorio.- No parece adecuado analizarlas y procurar rebatirlas una a una, puesto que el análisis global de la prueba será tarea propia del Tribunal.- Sería

excesivamente largo y además superfluo, puesto que se trata de contraponer el razonamiento y valoración de las deposiciones y documentos que, por otra parte, son de volumen considerable...”.-

Sobre la situación de las víctimas se expresa “...Es correcto, como dijo la Defensa, que respecto de estas veintiocho víctimas no se sabe cuando las mataron, donde las mataron, como las mataron, ni que hicieron con los cuerpos.-

Pero lo que si queda probado es que su detención ilegal, su tormento, su cautiverio y/o su custodia y su eventual traslado, hasta su desaparición, estuvieron en la órbita de decisión de un grupo de uruguayos, militares y policías.- La ocultación de las circunstancias de su muerte y la ocultación de los cadáveres no puede suponer impunidad...”.-

En cuanto a la contestación de los agravios de la defensa de Ricardo Medina, sostuvo “...Se arguyó en primer lugar la "carencia probatoria"- En ese orden de razonamiento, consideraron los señores defensores que "la sentencia debió hacer emerger la responsabilidad de prueba que acredite que en 28 oportunidades Medina dio muerte a tenor de lo que establece el tipo base del artículo 310 del Código Penal".-

Se tiene presente que la sentencia hizo referencia al cargo que ocupaba Medina en el SID y su actuación en los centros de detención clandestinos en los que fueron alojados los prisioneros traídos de Argentina.- La atribución de responsabilidad finca en todo un cúmulo de documentos, testimonios e indicios,

que extensamente fundaron las conclusiones... Es prueba indirecta, como ya se dijera. En forma similar a la de la Defensa de Silveira, Ramas, Vázquez, Maurente y Sande, postularon la "invalidez testimonial" de aquellos individuos aprisionados contemporáneamente a los hechos que se investigan.- Fundándose en que "la situación de enfrentamiento, la carga subjetiva de la militancia, la construcción de una imagen que se desprecia y rechaza, un pretendido afán de una cuestionable modalidad de justicia, el propio transcurso del tiempo, la cercanía y amistad con los individuos que son presuntas víctimas, etc" concluyeron en que esas circunstancias "desvirtúan por completo el valor probatorio en la especie y tampoco pueden cumplir un verdadero rol cognitivo de cara a la decisión en el grado".-

En estas situaciones, sin embargo, los sujetos que compartieron cautiverio son testigos necesarios y como en todos los casos sus dichos se analizarán de acuerdo a las reglas de la sana crítica.- Me consta, además , que el señor juez no delegó, en ningún caso, la recepción de las declaraciones. Estuvo presente en todas ellas y formuló las preguntas, con la intervención de los defensores (hasta en número de cinco en ocasiones), los que a su vez pudieron hacer repreguntas.-La Defensa de Medina, además, solicitó la realización de careo con la testigo Méndez, que le fue concedido.- Por consiguiente, las garantías estuvieron dadas, es un tema de apreciación y valoración.-

En tanto la sentencia optó por el delito de homicidio muy especialmente agravado, la Defensa planteó la alternativa de que, en lugar de la hipótesis de reiteración se enfrentarían a un delito continuado que debería redundar en la reducción punitiva.-

Así consideraron que "no existe fundamento normativo alguno para impedir la tipificación del delito continuado de homicidio de acuerdo a lo enmarcado en el artículo 58 del Código Penal.- No existe disposición alguna que establezca una exclusión de plano de tal hecho".- En ese aspecto, no tengo el honor de concordar con la posición que sustentan los ilustrados defensores.- Me afilio a

la posición que, en los delitos contra la persona física, entiende que debe existir una intención ajustada al resultado, de lesionar o dar muerte a cada uno de los sujetos víctimas del delito.- No parece concebible una decisión previa de dar muerte a toda la clase de individuos pertenecientes a una categoría, en el caso, supuestamente, a los presuntos integrantes del aparato armado del PVP...”.-

Por último, el Ministerio Público expresó sus agravios en relación a la calificación de primera instancia manifestando en lo esencial:

“...Me agravia que se haya atribuido a los encausados el delito de homicidio muy especialmente agravado y no el de desaparición forzada aunque, por supuesto, conozco que presumiblemente ese podría ser el criterio del Tribunal de Apelaciones que entenderá en este recurso, ya que así lo explicitó recientemente en un caso similar, al pronunciarse sobre la apelación de un auto de procesamiento (autos Tróccoli, Jorge Néstor, Antecedentes, Alvarez Armellino, Gregorio Conrado, Larcebeau Aguirregray, Juan Carlos" Reiterados delitos de desaparición forzada" IUE-2 -20415/2007).-

Esa circunstancias, obviamente, no impide que esta Fiscalía insista en su posición inicial, ya que, a mi entender, resulta muy clara la diferencia entre la desaparición forzada y el homicidio, aunque en definitiva, en ambas hipótesis haya vulneración del bien máspreciado, la vida. Es cierto también que, en las actuales circunstancias, puede pensarse que la suerte corrida por las víctimas fue la muerte, pero la afectación a diversos bienes jurídicos marca la disimilitud de situaciones.

Es así que, a riesgo de ser reiterativa, mantengo el convencimiento de que el delito de desaparición forzada de personas, si bien afecta en principio el bien jurídico libertad individual, resulta pluriofensivo habida cuenta que se lesiona una multiplicidad de bienes jurídicos. En tal sentido es aceptado que, además de la privación de la libertad se conculcan a su vez el derecho a la integridad física, psíquica y moral; y aún la vida (en caso de no aparecer con vida quien fuera detenido ilegalmente), sin desconocer a su vez que se ve vulnerado el derecho a la jurisdicción.-

Los argumentos expuestos en la acusación deben tenerse por reproducidos aquí y, desde luego me permito insistir en que debe darse preeminencia, a los efectos interpretativos, a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto ha entendido que, ante la duda de la muerte (obviamente si no se encuentran los restos de la persona detenida ilegalmente) es dable considerar que se está frente a un caso de desaparición forzada y no de homicidio.-

En lo que tiene relación con el sujeto pasivo se registra otra particularidad. Existe una víctima directa a quien en definitiva se priva de su libertad, se conculca su integridad física y se le impide ejercer el derecho a la jurisdicción. Pero a su vez hay otra u otras víctimas indirectas o secundarias que son sus familiares y personas allegadas quienes sufren un proceso angustiante en procura de saber el paradero de la persona querida (Juan Pablo Gallego, la Desaparición forzada de persona en el derecho Internacional de los Derechos Humanos ed. Ad. hoc Bs As año 2007 pág 141.-).-

Entonces, no basta con afirmar que los desaparecidos están muertos. No basta a las víctimas, ni a la sociedad, cuando se persiste en el ocultamiento y en la prolongación del sufrimiento.-

No encontrar el cadáver, no saber en definitiva como sucedió ese asesinato, tolerar estrategias de ocultamiento, y hasta mentiras desembozadas, es que perfila la diferencia con el homicidio.-

Es correcto que nadie está obligado a autoincriminarse. Pero, ¿tiene acaso el derecho de aumentar el sufrimiento de las víctimas proporcionando datos falsos? La "Operación Zanahoria" no pudo comprobarse científicamente, el lugar donde se hallaban los únicos restos encontrados no se correspondió con los datos brindados a la COMIPAZ. Por más que cualquier juez suponga, o de por probado, que todos los desaparecidos están muertos, eso no hará cambiar la realidad. Los detenidos desaparecidos seguirán siendo tales y se seguirá reclamando por ellos mientras perviva su memoria en la sociedad. Sus restos se seguirán buscando en cuarteles, en cementerios, en canteras, y mientras tanto, la situación de esas personas será de desaparición forzada. El estado argentino y el uruguayo así los ha declarado: civilmente son ausentes por desaparición forzada, no se los declaró muertos. El derecho no puede desconocer la significación de ese fenómeno.-

Se reafirma, pues que la Desaparición Forzada es entonces delito permanente, no sólo porque así lo estatuye el art. 21 de la Ley 18026, sino porque esa característica estaba ya en las previsiones del art. 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, probada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución A/47/133 del 18.12/1992; y en el art. III de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas de Belém do Pará de 1994. Por tanto en la medida que la detención ilegal pervive, y/o la suerte de la víctima se desconoce, el delito se sigue cometiendo hasta el presente..."-.

Solicita en resumen que se revoque el fallo, parcialmente, en cuanto a la calificación delictual y se condene por el delito de desaparición forzada.-

7) A fojas 9.489 se confirió traslado de la adhesión a la apelación, el que fue evacuado de fojas 9.491 a 9.497 vuelta por las Defensas de Silveira, Maurenre, Ramas, Sande y Vazquez, mientras que de fojas 9.499 a 9.502 hizo lo propio la Defensa de Medina.

En síntesis, la Defensa de Silveira, Maurenre, Ramas, Sande y Vázquez expresó: "...No satisfecha con las condenas recaídas en primera instancia, desafiando las tablas de expectativas de vida, a la Fiscalía "le agravia que se haya atribuido a los encausados el delito de homicidio muy especialmente agravado y no el de desaparición forzada..." (fs. 9480 vta.)

Nos ceñiremos por tanto en el presente, según impone el tracto procesal, a contestar este único punto.-

Como expresáramos, la Fiscalía se agravia porque la condena no recayó por el delito de "Desaparición forzada de personas", incorporado a nuestro derecho por el art. 21.1 de la Ley N° 18.026, que entrara en vigencia el 14 de octubre de 2006, cuando nuestros defendidos ya se encontraban procesados por un delito de "Privación de libertad", encontrándose a su vez ellos mismos, privados de libertad.-

Reza el artículo: "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 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"

El mismo Ministerio Público sabía que no recaería condena por Desaparición Forzada, pues en la Acusación adelantó que "si esa tipificación (por el Delito de Desaparición Forzada) no se ajustara a los hechos descritos, únicamente la figura del delito de homicidio muy especialmente agravado (artículo 312 del Código Penal), podría (en condicional) comprender la inusual gravedad de los hechos descritos" (fojas 8275 vta.), provocando perplejidad que ahora lo articule como agravio.-

En su expresión de agravios el Ministerio Público reconoce que "presumiblemente ese podría ser el criterio del Tribunal de Apelaciones que entenderá en este recurso, ya que así lo explicitó recientemente en un caso similar, al pronunciarse sobre la apelación de un auto de procesamiento (autos "Troccoli, Jorge Nestor, Antecedentes, Alvarez Armellino, Gregorio Conrado, Larcebeau Aguirregaray, Juan Carlos. Reiterados delitos de Desaparición Forzada" IUE-2-20415/2007)"

Tras la lectura de este preámbulo de la expresión de agravios, esperábamos encontrarnos con una crítica dirigida a neutralizar los fundamentos de los que se valió el Tribunal de Apelaciones en su sentencia, con la finalidad de abogar por la revisión de su criterio, y esta Defensa imaginaba que su tarea estaría

dirigida a coadyuvar con la sentencia y en tanto le fuera posible, reforzar sus fundamentos.-

Nada de ello ocurrió. Nos encontramos con un encendido alegado partidario de la aplicación del delito de Desaparición Forzada, que no analizó (en puridad ni siquiera mencionó) los fundamentos de la sentencia que había marcado la línea jurisprudencial del Tribunal de Apelaciones.-

Habiendo quedado incólumes los fundamentos del fallo, nada deberíamos agregar.-

Más aún, cuando los Dres. Gastón Chaves y Estela Tonar, con la precisión y distinción que los caracteriza, en sendos escritos presentados ante ese mismo Tribunal y en el mismo proceso al que venimos refiriendo, explicaron los fundamentos por los cuales resultan inaplicables tanto la Ley N° 18.026 como los instrumentos internacionales a los que recurre la Fiscalía.-

La erudición, tanto de la sentencia del Tribunal de Apelaciones, como de estas exposiciones, que como se ha dicho, son de conocimiento tanto del Tribunal como de la Fiscalía, han persuadido a esta Defensa a no reiterarlas, por lo que brevitate causae, solicitamos se tengan por reproducidas.-

Solicita que en definitiva, se rechacen los agravios del Ministerio Público.-

8) Que, a fojas 9.503, por providencia N° 1.405, el Señor Juez de Primera Instancia franqueó los recursos de apelación interpuestos por las Defensas y la adhesión a la apelación del Ministerio Público, viniendo los autos a conocimiento de esta Sala.-

Se citó para sentencia, fue estudiada la causa por su orden por los integrantes del Colegiado y se acordó en legal forma el siguiente fallo.

CONSIDERANDO:

La Sala confirmará la sentencia de primer grado, con la salvedad puntual que se dirá, por los siguientes fundamentos.-

A) RECURSOS DE NULIDAD.-

La Defensa de los enjuiciados Silveira, Ramas, Maurente, Sande y Vázquez interponen, conjuntamente con el recurso de apelación, el de nulidad.-

Se fundamenta el mismo en que se incorporó a la causa, como prueba, actuaciones de otros expedientes con contenidos vinculados al caso de autos, pero entiende que no existió el legal control sobre ellas por parte de los recurrentes, lo cual invalidaría lo actuado a su respecto.-

En cuanto a la irregularidad procesal que describe la Defensa como infracción a las normas que rigen la intervención y la sujeción del imputado por disminución de sus garantías, viciando con nulidad a la decisión atacada, entiende la Sala que no le asiste razón al recurrente.

En efecto no se afectaron las garantías del justiciable por lo que se dirá:

Dijo Couture: "...Sería incurrir en solemnidad excesiva y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan ningún perjuicio ..." (Fundamentos de Derecho Procesal. Pág. 390).

El artículo 101 del C.P.P. indica las hipótesis de nulidad y la Defensa basa su argumentación en el numeral 3ro. de dicho texto legal, que reza: "... La infracción de las normas que rigen la intervención y sujeción del imputado, si disminuye las garantías de éste..."

Veamos que ha dicho la doctrina sobre dicho aspecto: "...Las nulidades procesales en materia procesal penal, tienen carácter de las llamadas por la doctrina nulidades relativas, sin perjuicio de algunos supuestos de nulidad absoluta y que la solución invalidante debe reservarse para el caso de que el procesamiento se haya decretado en abierta violación de las garantías mencionadas, pues en tal caso, se produciría una infracción a normas que rigen la intervención del imputado, disminuyendo las garantías que a éste incumben (art. 101 numeral 3ro. del C.P.P.). Para este tipo de situaciones de desvalidamiento jurídico o simplemente de indefensión, con la significación que este desguarnecimiento reviste en materia procesal penal, deben reservarse las soluciones radicales invalidantes de la realidad normativa. Cf. Gauna C.C.P.P. pág. 187 – 189; Colombo C.C.P.P. pág. 290 y R.U.D.P. 2/84, Nro. 26 pág.114. 150 y 151..."(Bermúdez. R:U.D.P. 2/86, pág. 173 a 176).

No hay el menor elemento de juicio tenido en cuenta en estas actuaciones, ni en la resolución atacada, con las características que se describen.

La incorporación de elementos de juicio, originales de otros expedientes, mal puede sostenerse que sea una violación a las garantías del justiciable como se afirma.-

En efecto, atento a las reglas generales de la prueba trasladada, se observa que todo lo actuado fue realizado con la debida noticia de los ahora

recurrentes, quienes por tanto, tuvieron la posibilidad de controlar su contenido, disentir del mismo y ofrecer contraprueba sí lo entendían del caso.-

Sin embargo, optaron lisa y llanamente por oponerse a su incorporación, para lo cual obviamente les asistía derecho, pero como resulta de autos su planteo fue rechazado con lo cual se agotó el tema.-

Siendo así, se cumplió cabalmente con lo regulado en la ley, esto es el debido contradictorio sobre los medios de prueba incorporados por las partes del proceso.-

Sobre este punto específicamente dijo la Suprema Corte de Justicia a saber: "...no debe dejarse de lado el hecho de que - producida la agregación del expediente - quedó abierta a su parte la posibilidad de contraprueba, cuya no producción debe tener en cuenta el Oficio. En tal sentido el ex-Ministro de la Corporación Dr. Jorge Marabotto, comentando el artículo analizado, en términos trasladables a la especie, sostuvo que si bien cuando no se dan los supuestos previstos en la norma - que la prueba haya sido solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella - "como la prueba recepcionada en vía de presumario, valdrá como presunción judicial, "presumptio hominis", que el juez apreciará razonablemente. No puede dejarse de tener presente, si se ha ofrecido esa prueba y se la incorpora con conocimiento del contrario, éste estará en condiciones de producir contraprueba, lo que permite admitir ese análisis de la prueba trasladada en esas condiciones, también, conforme a las pautas de la sana crítica" (Jorge Marabotto Lúgaro, en "Curso sobre el Código General del Proceso", tomo 1, pág. 143) (Cf. Sent. No. 263/97). Todo lo cual se explica con el correcto enfoque que sobre el tema realizara el maestro Couture, al ubicar el núcleo de esta cuestión en las garantías del contradictorio expresando que "... lo que se halla en juego es la posibilidad de hacer llegar al juicio pruebas que han sido objeto de impugnación (real o eventual) de la parte a quien perjudica. Más que una conclusión unánime, caben en este caso conclusiones particulares inherentes a cada proceso especial. Si en ellas el contradictorio ha sido posible, la prueba debe reputarse válida; si no lo ha sido, la prueba carece de valor de convicción. Y aun en el caso de que se admita sin más eficacia que la de simples presunciones de hombre, en todo caso las posibilidades de contralor deben ser tenidas en cuenta por el magistrado" (Fundamentos del derecho procesal civil, págs. 130 y ss.) (Cf. Sent. No. 263/97). Y como se adelantó, en la especie una vez incorporado el expediente penal al proceso civil, se le abrió al impugnante la posibilidad del contradictorio, es decir de producir contraprueba..." .-

Pero lo que es enteramente aplicable a este asunto es la conclusión final de la Corporación en sentido que: "...Sin perjuicio de todo lo cual, lo que resulta más importante para desechar el agravio en análisis, es tener en cuenta que nada indica que la consideración de la prueba trasladada - aún en la hipótesis de que hubiera sido indebidamente admitida - haya sido determinante del fallo. En efecto, la conclusión a que arribó el Tribunal actuante no fue tomada considerando únicamente las resultancias del expediente penal sino examinando la totalidad de la prueba producida (Considerando III) fs. 194 -

195), lo que en definitiva impide se la modifique...” (SENTENCIA Nro. 511/2000 de fecha 6 de diciembre de 2000).-

Por su lado la Defensa de Medina interpuso el recurso de nulidad invocando que existió ultra petita.-

El argumento no es de recibo, puesto que, estando debidamente descritos los hechos en que se funda la demanda acusatoria y considerados exclusivamente los mismos por el señor Juez de primer grado, el mismo es libre de interpretarlos y calificarlos de acuerdo a su real saber y entender, todo de conformidad con el principio “iura novit curia”, resultando su único e infranqueable límite el monto de la pena solicitada, pero como ello no fue vulnerado, sólo cabe decir que no le asiste razón el recurrente.-

En suma, los recursos de nulidad serán rechazados.-

B) RECURSO DE APELACIÓN.-

El Colegiado, luego de analizar los agravios de las Defensas y del Ministerio Público, concluye que el debate aquí planteado se encuentra instalado en los mismos términos que en la causa tramitada en la IUE-98-247/2006, donde el Tribunal se expidió sobre la mayoría de los mismos en la sentencia definitiva de segunda instancia Nro. 1/10 de fecha 4 de febrero de 2010 redactada por el señor Ministro Dr. Alfredo Gómez Tedeschi, motivo por el cual y, en todo aquello que resulte trasladable a la presente, se remitirá a la misma transcribiendo sus aspectos medulares.-

l) Dijo la Sala en relación a si la Ley 15.848 constituye una amnistía o no.-

“...Tal como enseñaba Irureta Goyena, en sus Notas Explicativas, la amnistía es una facultad del Poder Legislativo, reviste carácter colectivo y hace desaparecer el delito y la condena (Nota al artículo 108).

Con la amnistía, se extingue no solamente la acción penal, sino la potestad represiva misma, con respecto a un hecho determinado; de manera que aún impuesta la condena a un sujeto, ésta debe cesar con todos sus efectos.

Ahora bien, la acción penal es pública, es decir, debe ser ejercida de oficio por los órganos del Estado y esta forma de acción constituye la regla.

El principio de legalidad implica que el órgano encargado del ejercicio de la acción no puede dejar de ejercerla, toda vez que concurren los presupuestos de la misma.

Por consecuencia, con lo expuesto, se quiere de poner de manifiesto que, en atención a los principios vistos, esta causa de extinción del delito (o la pena) debe interpretarse restrictivamente, porque la regla es la vigencia plena de los principios señalados, con el consiguiente poder-deber de los órganos competentes de investigar y juzgar las conductas delictivas.

Entonces. La Ley 15.848 no dice, literalmente, ser una amnistía, sino que se trata de una caducidad de la pretensión punitiva del Estado; caducidad que no opera de pleno derecho.

En efecto, para que determinado evento sea atrapado en las previsiones de la norma, es menester el pronunciamiento del Poder Ejecutivo, que determine si los hechos están incluidos o no los supuestos que la ley prevé.

El argumento “literal” no es menor porque, como dice el artículo 17 del Código Civil, cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Por otra parte, esta norma forma parte de un paquete: el otro componente es la Ley 15.737, sancionada un año y nueve meses antes, en donde el Legislador, sí dijo, que lo que se concedía era una amnistía.

Pero, además, específicamente, exceptuó: “...quedan excluidos...” a los funcionarios policiales, militares, equiparados o asimilados que hubiesen participado en la comisión de los delitos a que se refiere el inciso 1º del artículo 5º de la citada Ley.

Son esos mismos funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados los que, como se dijo un año y nueve meses después, resultan comprendidos en la solución legislativa prevista por la Ley 15.848.

Entonces, en una lectura con perspectiva histórica, en este tema de los “...tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas...” (inciso 1º del artículo 5º de la Ley 15.737), no se trató de una cuestión semántica que el Legislador no utilizara el vocablo amnistía.

Sin perjuicio de ello, debe recordarse que la Ley 15.737, no amnistió a los autores y coautores de delitos de homicidio intencional, ya que, en relación a ellos sólo se habilitó la revisión de las sentencias (inciso 2º del artículo 1º y 9º).

Siendo la amnistía un acto de clemencia soberana, la generalis abolitio de los romanos de que hablaba Irureta, la regulación prevista en la Ley 15.848 no reviste, no se compadece, con la nota de generalidad que reclama dicha causa de extinción del delito.

En efecto, el funcionario policial, militar, asimilado o equiparado no resulta comprendido en la caducidad de la pretensión punitiva del Estado por el sólo misterio de la ley referida (como sucede, por ejemplo, con la Ley 15.737), sino que resultará abarcado si se verifican otros dos supuestos necesarios: a) pedido de informes del Juez de la causa, y, b) decisión del Poder Ejecutivo acerca de “...si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º...”.

Por las razones expuestas, a juicio de la Sala, la Ley 15.848 no consagra una amnistía... la Defensa en apoyo de su postura, la posición expuesta en su momento por el Señor Fiscal de Cuarto Turno, Doctor Enrique Möller en cuanto

a que, la Ley 15.848 es de amnistía, "...términos recogidos por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno...", citándose la sentencia de esta Sala Nº 268/2005, dictada en el caso de María Claudia Irureta de Gelman.

Conviene precisar que, en tal ocasión, el Tribunal no hizo análisis alguno acerca de la naturaleza de la Ley 15.848, y, en tal sentido se dijo: "...El Tribunal no ingresará al examen de la naturaleza del instituto previsto por la Ley 15.848, ni del informe del Poder Ejecutivo, así como otras cuestiones debatidas por el Señor Juez y el Señor Fiscal, ya que se estima que, tales tópicos, resultan por completo inconducentes para resolver la cuestión que nos ocupa.

Veamos. En varias ocasiones, el Señor Fiscal actuante ha señalado que "...caducó la pretensión punitiva del Estado...", reputando que "...la investigación carece de objeto..." (fs. 575 y ss).

Finalmente, al impugnar la interlocutoria en estudio, invocando lo preceptuado por el artículo 10 del Código del Proceso Penal ("...la acción penal es pública y su ejercicio corresponde al Ministerio Público..."), concluye, manifestando: "...este Representante del Ministerio Público... ha peticionado, mantener la clausura dispuesta en diciembre de 2003, lo que conlleva a anunciar el no ejercicio de la pretensión punitiva....." (fs. 671 y Resultando V, ordinal 5º)...

La citada sentencia destacó que: "...en su voto, el Señor Ministro, Doctor William Corujo, expresa que: "...En el sistema procesal penal uruguayo, salvo la excepción, la titularidad de la acción pública radica en el Ministerio Público (artículo 10 del Código del Proceso Penal).

No es necesario ingresar a empinadas discusiones jurídicas acerca de la naturaleza del pronunciamiento del Poder Ejecutivo, sino que es bastante, para decidir el presente caso, lo manifestado por el Señor Fiscal a fs. 671.

Tales manifestaciones, para el Magistrado Judicial, cierran todo margen a la decisión jurídica, resultando carente de todo marco legal la resolución de continuar la indagatoria...".

A su vez, la Señora Ministro, Doctora Bernadette Minvielle, en su voto, consignó que "...el norte o principio rector, que jamás debe perderse de vista, es que las potestades de investigación y hasta de juzgamiento que se otorgan al juez en la etapa preliminar (denominada en nuestro derecho "presumario"), lo son a los solos efectos de posibilitar al Ministerio Público el ejercicio de la acción; carácter instrumental de tales potestades judiciales que ya señalaba con acierto Carnelutti en su obra "Derecho Procesal Civil y Penal", Tomo II, EJE, Buenos Aires, 1981, p. 59.

Esta relación instrumental y teleológica entre las potestades judiciales y la acción de parte, deja en claro que no existe indagatoria penal que se justifique por sí misma, sino que se realiza en vistas a la promoción de una pretensión penal por parte del acusador.

Entonces, la puesta en escena que importa la reproducción de los hechos presuntamente alcanzados por la norma penal, o, en otros términos, la actual representación de un determinado acaecer histórico con relevancia desde el punto de vista penal, carece de sentido o de razón cuando el Representante del Ministerio Público manifiesta clara e indubitablemente, como sucede en el caso, que no habrá de ejercitar la acción penal (fs. 671).

Lo expuesto no es más que la aplicación del principio acusatorio que rige en nuestro derecho (art. 22 de la Constitución), y que, en principio, irradia o se proyecta a todas las fases del proceso penal; sin que se advierta fisura normativa alguna que pueda apoyar la tesis de primera instancia...".

Y se agregaba que: "...conforme a lo dispuesto por el artículo 34 del Código del Proceso Penal, los Tribunales Penales, conocen en segunda instancia de las "... resoluciones..." de los Jueces Letrados con competencia en la materia.

Esto es, hablando con ninguna ortodoxia jurídica, no existe segunda instancia de los dictámenes fiscales, el Tribunal no puede obligar al Señor Fiscal a hacer lo que éste no quiere hacer.....".

En suma, al dictar aquella sentencia el Tribunal se limitó a señalar que, ante el expreso pronunciamiento del Ministerio Público, en el sentido de no ejercer la acción penal, el Juzgado no tiene otra opción que disponer la clausura de las actuaciones.

II) Señaló el Colegiado en relación la prescripción de los delitos imputados.-

"... El Tribunal estima que esta excepción no es de recibo.

Sobre esta cuestión, en la causa seguida contra Juan María Bordaberry y otros, por los homicidios de Zelmar Michelini, Héctor Gutiérrez Ruiz, Rosario Barredo y William Whitelaw, en sentencia N° 70, del 29 de marzo de 2006, el Tribunal fijó su posición al respecto.

En primer lugar, en cuanto a si corresponde computar en el término prescripcional, el tiempo transcurrido durante el gobierno de facto, se dijo: "...La respuesta es negativa, solución que no es novedosa.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, integrado por los Señores Ministros, Doctores Graciela Barcelona, Daniel Gutiérrez y Roberto Parga, en sentencia N° 116, del 27 de julio de 1990, expresaban que: "...si bien no se puede entender que el actor durante el referido período estuviera privado de la garantía constituida por una justicia independiente...no regían las garantías de los derechos individuales...El principio general de que al justamente impedido no le corre término, es aplicable al caso al tratarse de un principio general que se inscribe en los derechos inherentes a la persona humana, con recepción en los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución de la República..." (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXI, caso 911).

Esto despeja las dudas expuestas en la decisión de primer grado, y, deja en claro, que el término comenzó a correr a partir del 1º de marzo de 1985...".

Sobre este punto, el Señor Ministro, Doctor José Balcaldi manifestó que: " ...En lo que tiene que ver con el período de interrupción de los derechos y garantías de los justiciables, es evidente que no puede correr término alguno a los mismos, si es manifiesto que existía una imposibilidad material de su ejercicio.

En el caso, el titular de la acción penal, es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia cómo el mismo podría ejercerla libremente.

Más allá de la situación, en relación a quien correspondiera juzgar el caso, la médula está en el actor, y si el mismo no contaba con la posibilidad de ejercer su poder-deber, no le corrió plazo.

Por tanto, resulta contrario a la lógica natural de los hechos que, un funcionario público dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, por más que contara con independencia técnica, pudiera llevar adelante una acción tendiente a la investigación de este tipo de asuntos.

Por tal razón, el titular de la acción penal estuvo impedido, con justa causa, de promover y ventilar este caso, en esas circunstancias....".

Coincidiendo con el parecer de los restantes Integrantes de la Sala, a juicio de este Redactor, esclarece el debate planteado, tener presente la reciente (veinte años) historia de este país.

A fines del año 1986, en la segunda quincena del mes de diciembre, se levantó el receso parlamentario, tratándose, el 18 de diciembre, en el Senado, el siguiente orden del día: " Discusión general y particular del proyecto de ley sobre preclusión de la pretensión punitiva del Estado y clausura de procedimientos contra funcionarios policiales y militares" (texto de la citación).

En definitiva, el texto que resultó aprobado fue el que corresponde a la hoy vigente Ley Nº 15.848; pero, en lo que interesa en el análisis del tema que nos ocupa, corresponde atender a las razones políticas que precipitaron la solución legislativa hoy vigente.

A título meramente ilustrativo, y porque de alguna manera fue el vocero de la bancada oficialista, se transcribirán algunas de las expresiones vertidas por el Señor Senador Paz Aguirre, en la sesión del Senado del 18 de diciembre.

"...Pero el hecho real es que estas Fuerzas Armadas, hoy insertas en la vida constitucional, dispuestas a acatar, como corresponde y como no puede ser de otra manera, la autoridad legítima del Presidente de la República y de los Poderes nacionales constituidos, están enfrentadas a un problema que no es del presente, sino del pasado: al juzgamiento de eventuales actos cumplidos por ellas, violatorios de derechos humanos, que se relacionan con fecha previa

a la asunción del Gobierno democrático. Y este es, precisamente, el punto que hoy tenemos por delante..”.-

No voy a ocultar que estamos ante una serie crisis institucional.

La Suprema Corte de Justicia, fallando en la contienda de competencia planteada, es decir, sobre cuál debe ser la sede en que se analicen o juzguen estos hechos, ha dictado ya las sentencias y continuará haciéndolo sobre esa base en los días próximos, esto es, de que es competente la Justicia Penal Ordinaria. Por su parte las Fuerzas Armadas han declarado que más allá de la sujeción que hoy sienten hacia la Constitución y la ley, por todos aquellos actos cumplidos por Oficiales en el pasado, que hayan obedecido a órdenes emanadas de la superioridad, en función de la jerarquía -cosa que es inherente a la organización castrense- no aceptan el juzgamiento por la vía de los Juzgados Penales Ordinarios; pero sí, en cambio, por otro tipo de delito, que puede ser de carácter individual o de otra naturaleza, en virtud de la obediencia debida, de la jerarquía, de la responsabilidad y porque, en todo caso, es la Institución misma la que estaba comprometida en aquellos hechos....." (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, tomo 304, pág. 7).

Finalizando su primera exposición, el referido Señor Senador, dio lectura a una declaración firmada por la bancada de Senadores del Partido Colorado, en cuyo ordinal 2º, se decía: "...Con ella [se refiere a la solución propuesta] el país evitará una situación de hecho muy grave que, más allá de las posibles desobediencias a las citaciones para comparecer a declarar ante los jueces consideradas como actitudes individuales pasibles de las sanciones consiguientes, ha de originar un serio conflicto institucional...".

Si las cosas fueron de esta manera en pleno gobierno democrático, al punto que hoy está vigente la referida Ley 15.848, ¿cómo es dable sostener que tales hechos podían ser investigados, juzgados, en pleno régimen de facto?; ¿por cuál razón las autoridades de la época admitirían el juzgamiento, cuando éste no se aceptó en gobierno democrático?

Es indiscutible que, en cualquier hipótesis, no existe razón para desestimar el transcurso del tiempo en el período 1973 - 1985, ya que resulta irrefutable que, a su amparo, se crearon numerosas situaciones jurídicas, tales como adquisición del dominio por prescripción, prescripción de delitos, penas, etc.

Pero, precisamente, por lo visto, determinadas situaciones, que son básicamente a las que alude la Ley 15.848, quedaron fuera, no sólo de la investigación judicial, sino de la consideración y debate ciudadano.

Y, esto es así, por la simple razón referente a "la lógica de los hechos", a punto de partida de la decisión adoptada el 27 de junio de 1973 (Decreto N° 464), que instauró una institucionalidad que, en su fundamento político y jurídico, en la concepción del mundo y de la vida que la inspiraba, en su visión autoritaria, obstaba a toda revisión de lo acontecido durante su vigencia, referida a la temática que nos ocupa.

En efecto, basta un rápido repaso a algunas normas dictadas luego de removido de su cargo el Señor Bordaberry, decisión adoptada, poco antes de cumplirse un mes, de ocurridos los homicidios de autos.

Por el artículo 1º del Acta Nº 1, (12 de junio de 1976), el Poder Ejecutivo, " ...en uso de las facultades que le confiere la institucionalización del proceso revolucionario...", decretó: "... Suspéndese hasta nuevo pronunciamiento la convocatoria a elecciones generales..."; y, por la Nº 2, el mismo día, se creó y se reglamentó, una institucionalidad paralela a la Constitución.

Por el Acto Nº 3, (setiembre de 1976), a punto de partida de "...la supremacía natural que corresponde al Ejecutivo como órgano de dirección...", se creó el Ministerio de Justicia; y, por el Nº 4, (setiembre de 1976), se prohibió el ejercicio de las actividades políticas a determinados ciudadanos.

Finalmente, por Acto Nº 8, del 1º de julio de 1977, el Poder Ejecutivo, fundado en que "...Hubo, pues, una sobreestimación del concepto de Poder respecto a la Justicia y una subestimación del mismo referido al Poder Ejecutivo. Esto explica o en esto está, si se quiere, la raíz de los permanentes desajustes, al más breve avance de la anormalidad, entre la voluntad jurisdiccional y la voluntad ejecutiva...el antecedente con que se ha pretendido presentar al Poder Judicial como fundado en el principio de separación al nivel orgánico, solamente puede admitirse como exacto con el alcance de separación funcional....." (Considerando II y III del precitado Acto).

Y, en el Considerando X), se precisaba: "...el órgano máximo jurisdiccional que ahora deja de ser Suprema Corte por no corresponder la denominación en el orden institucional, ya no está en la cúspide de un Poder del Estado....".

No puede soslayarse que, en el capítulo de "Disposiciones transitorias", en el artículo 48, se estableció: "...Declárase con carácter interino a todos los Magistrados Judiciales, cualquiera sea su categoría, de la Justicia Ordinaria y de la Justicia Administrativa por un período de cuatro años a contar de la fecha del presente Acto Institucional. Durante ese período de interinato el Poder Ejecutivo los podrá remover en cualquier momento por propia iniciativa o a proposición de la Corte de Justicia o Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Vencido el período de interinato se considerarán confirmados en sus cargos a todos sus efectos....".

Como viene de verse, salvo que se transite el camino de la ficción, no puede haber otra alternativa, referente a los hechos que nos ocupan que, iniciar el cómputo del término prescripcional a partir del 1º de marzo de 1985....."

Esta solución, no es diversa a la que enseñaba Gallinal hace más de noventa años, cuando comentando el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, decía que: "...es causa de impedimento justo para que no corra el término judicial, la ausencia forzosa por proscripción política..." (Estudios....§ Nº 418).

En lo que hace a la adición del tercio previsto por el artículo 123 del Código Penal, que específicamente controvierten las Defensas, en la citada

interlocutoria dijo el Colegiado: "...Consigna en su voto el Señor Ministro, Doctor William Corujo, que: "...los parámetros o pautas señaladas en el artículo 123 del Código Penal, son independientes de la culpabilidad.

Si, el fundamento teórico de la prescripción, es la inutilidad de la pena, en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o, entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, es evidente que en el presente no puede hablarse de inexistencia de tales extremos.

Como expresara Bayardo Bengoa, en "Temas de Derecho Penal", (Montevideo, 1962, pág. 63), si la "...finalidad está en retacear a esos sujetos el beneficio prescriptivo poniendo como traba un aumento del tope...", corresponde aplicarlo en el presente caso, en donde se investigan homicidios presuntamente dolosos, de cuatro ciudadanos uruguayos (gravedad de los hechos acreditada).

El sujeto peligroso, es el vinculado a las pautas del artículo 123 que atañen al pasado, que permite concluir al Juez, que se perfila como un sujeto peligroso.

Y va de suyo que, quien participó en estos delitos lo es, porque aún cuando se proyecte hacia el futuro esa condición, estará determinada por el hecho histórico cometido y la potencialidad peligrosa que adquiriera el sujeto en el mismo contexto histórico; vale decir, si sería capaz de actuar del mismo modo, en las mismas circunstancias.

Esto es, bajo el influjo de las condiciones de su estado peligroso, es probable que reiterase la conducta que ameritó la transgresión penal, y, en el caso, se perfilan (motivación) el complejo de condiciones internas y externas del sujeto peligroso, tanto subjetivas (ideológicas) como objetivas (socio-políticas) (Cfm. Bayardo, Derecho Penal Uruguayo, tomo III, págs. 171 a 186).

Además, de lo edictado en los artículos 48, incisos 2º y 3º y 55 del Código Penal, la peligrosidad "...puede manifestarse con más significación, con más intensidad, en delincuentes que aún siendo primarios absolutos cometen el delito de homicidio en condiciones excepcionalmente graves, las que dan al sujeto un status que se califica como de gran peligrosidad. Es un "plus" respecto de las restantes situaciones, que debe ser apreciado por el Juez en cada caso concreto de homicidio..." (Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno, integrado por los Doctores Balbela, Tommasino y Bolani, Anuario de Derecho Penal, tomo II, caso 211)....".

A su vez, el Señor Ministro, Doctor José Balcaldi, expone en su voto que: "...Revoco por entender que este asunto está en las previsiones del artículo 123 del Código Penal.

En efecto, tratándose de la privación de libertad, tormentos y posterior asesinato de cuatro personas, resulta manifiesto que es "...un hecho en sí mismo grave.."

El legislador estableció, una prolongación del término de prescripción de los delitos, en relación a los homicidas peligrosos, como forma de garantía de la sociedad, que es la protegida por la legislación penal.

Comparto con la Defensa, que la prescripción es un instituto con características propias, y, que efectivamente, el transcurso del tiempo es la base medular de su razón de ser; por ello, ciertos delitos se castigan con penas leves y otros muy severamente, siempre en comunión con la magnitud del injusto.

En coordinación directa con ello, el legislador reflejó el período de tiempo durante el cual la sociedad estima que la conducta debe ser castigada, para luego y una vez vencido dicho término, dar por agotado el interés social, operando entonces la prescripción.

Por obvia consecuencia, los delitos castigados con penas más gravosas, reflejan el daño producido, y, llevan ínsito un período de prescripción mayor; incluyéndose, también, en dicha categoría, a los delincuentes reincidentes, habituales y a los homicidas.

Los dos primeros supuestos (reincidentes y habituales), reflejan por sí mismos, el criterio de peligrosidad que consideró el legislador; esto es, la tendencia al delito del agente, la que se puede constatar, objetivamente, con el estudio de la planilla de antecedentes judiciales.

En cuanto a los homicidas, expresamente, se estableció que se tendrá en consideración, para la evaluación, la "...gravedad del hecho en sí mismo...", "...la naturaleza de los móviles...", o, "...sus antecedentes personales...", que los perfilan como sujetos peligrosos.

Opino que la norma es clara, en cuanto a qué pautas deben analizarse para establecer, si ingresa o no un caso, dentro del aumento de un tercio en el plazo de prescripción.

El Juez de primera instancia entendió, al momento presente, que los indagados, obviamente, para la eventualidad de tener responsabilidad en el asunto, no revisten la calidad de "...sujetos peligrosos...", por lo que desestimó el aumento del tercio.

No comparto esa posición, ya que el término de prescripción quedó delimitado al momento de la consumación, y allí se evidenció que los responsables, fueran estos indagados o cualesquiera otros, eran "...sujetos peligrosos..."-

En efecto, perpetraron homicidios múltiples (cuatro personas), cuyas víctimas, previamente, fueron privadas de libertad, con la finalidad de darles muerte, por motivaciones políticas, lo que materializó un hecho "...en sí mismo grave...", y, por ello, comprendido en la norma indicada.

Si un asunto, con estas características, no ingresa en la previsión legal, difícilmente, se podría pensar en algún otro.

El instituto de la prescripción presenta dos ángulos de apreciación, como fundamento de su existencia:

A) por un lado, la garantía social de la sanción a los delincuentes, aún cuando no fueran esclarecidos los sucesos en forma inmediata, la que se reservará por un lapso razonable, acorde a las circunstancias concretas.

En ese estado de situación, la ley fija, teóricamente, el momento ideal, en el cual, se estima, se desvanecerá el interés social en el castigo.

B) Por otro lado, aparece la seguridad general, y, de los involucrados en particular, frente al efectivo ejercicio del derecho de la sociedad a requerirles que asuman sus responsabilidades.

De no existir un límite, sería algo indefinido en el tiempo, contrariando, en ese caso, los principios generales de derecho, en cuanto al ejercicio de cualquier tipo de derecho, puesto que, su no ejercicio o el desinterés, los llevan a desaparecer.

Procede armonizar ambos intereses, lo que, en concreto, no es otra cosa que definir las reglas de convivencia social, en este caso concreto, dentro de los parámetros regulados por las normas legales vigentes y específicas en la materia (artículos 117 a 124, 129 y 130 del Código Penal).

Con esas referencias, lo que no parece razonable, es ir, exclusivamente, al pronóstico de peligrosidad considerado por el artículo 123 del Código Penal, atendiendo, a una o más situaciones particulares, independizándolas de los puntos de referencia objetivos, establecidos en la ley.

Así, la norma se remite, expresamente, a la "...gravedad del hecho en sí mismo considerado...", o, a la "...naturaleza de los móviles...", y, por tanto, ello es lo que quiso el legislador que se considerara, cuando presentó el abanico de circunstancias a tener en cuenta.

Si se tratara de un pronóstico de peligrosidad en relación a algún eventual agente, como se entendió en primer grado, realizado, además, en un momento específico y futuro, en relación al suceso, las referencias legales del artículo 123 del Código Penal, estarían demás, carecerían de sentido.

Al respecto, simplemente, hubiera bastado señalar, que el tema radicaba en la peligrosidad del partícipe, como normalmente se regula este aspecto criminalístico para su valoración judicial, ya sea para delimitar montos punitivos, otorgar libertades, etc.

Por ello, entiendo que si un hecho es sí mismo grave o si la naturaleza de los móviles lo ameritan, tratándose de un homicidio, debe aumentarse el término de prescripción, establecido para el caso, en un tercio.

La interpretación de primer grado, en mi opinión, dejaría vacía de contenido la referencia mencionada a la "...gravedad de los hechos en si mismo...", o, a

"...la naturaleza de los móviles...", si no estuvieran directamente vinculados al tiempo del maleficio; ya que no hay otro momento para su análisis, puesto que tanto los sucesos, como sus móviles, fueron, son y serán aquéllos que se dieron en un momento específico, esto es, al consumarse el delito.

Idéntico entendimiento procede con las restantes referencias, esto es, a la calidad de reincidentes o habituales, mal podría pensarse que no fueran tenidas en cuenta apreciando la situación al momento de los hechos.

Tales calidades deben ser apreciadas a la hora del delito y no con posterioridad; lo que acontece, diferido en el tiempo, es el examen de la presencia o no de dichas condiciones, pero obviamente en retrospectiva.

Las elucubraciones posteriores sobre dichos puntos y sus aspectos concretos, sólo pueden obedecer al desarrollo efectivo de un juicio, para el caso de aparecer responsables, pero no pueden tener vida propia en una etapa absolutamente preliminar, como lo es evaluar o no la prescripción.

Esto lleva a concluir que, la observación de los requisitos legales establecidos en el artículo 123 del Código Penal, es de tipo formal, y delimitada al momento de la consumación, siendo su finalidad única, determinar si corresponde, al caso, una espera mayor para que opere la prescripción, en el entendido que ello se alinearán, en términos generales, con el sentir de la sociedad.

Dicha situación no implica un juicio de probabilidad sobre la resolución de un eventual juicio, ni de las agravantes o atenuantes que pudieran concurrir, etc., sino exclusivamente evaluar si el asunto ingresa en un mayor período de tiempo, antes que se consuma definitivamente el interés social en ventilar el caso, ergo el tiempo necesario para que prescriba.

A contrario sensu, cabría preguntarse, cómo se determinaría un período de prescripción, si el mismo quedara sujeto a la apreciación del observador, en cualquier tiempo y espacio, sin referencia directa al momento en que aconteció el suceso, y a las pautas generales, analizando, simplemente, la peligrosidad "actual" de un eventual responsable.

La respuesta es evidente, y no es otra que una inseguridad jurídica total, ya que podría variar el resultado, no sólo de década en década, sino incluso de año a año, o, más aún, de observador en observador, según el sospechoso.

En fin, estimo que las pautas a analizar son objetivas, y, en el caso de los homicidas, derivan de la apreciación de las características del maleficio al momento en que se produjo, y a ellas debe estarse....".

A juicio del redactor de aquel fallo "...el artículo 123 del Código Penal plantea múltiples problemas, desde que atiende a distintas hipótesis, referidas a diferentes supuestos, todo ello, además, correlacionado con otras normas legales.

En primer lugar, resulta menester tener presente, que la norma en cuestión, está ubicada (y a ello se refiere), en el Capítulo dedicado a la extinción del delito; solución que, por imperio de lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 129, resulta de aplicación a la extinción de las penas.

El artículo 123, como se ha dicho, abarca distintos supuestos, según la hipótesis que se trate.

En un caso, requiere de la existencia de un hecho delictivo y de la identificación de o los responsables, ya que, no parece de otra manera que pueda interpretarse y evaluarse las exigencias de: a) delincuentes reincidentes, b) delincuentes habituales, c) la naturaleza de los móviles en un homicidio, d) homicidas que, por sus antecedentes personales, se perfilan como sujetos peligrosos.

En la segunda hipótesis, el acento no se pone en el delincuente, sino en el hecho criminal, exclusivamente, con prescindencia de la identificación del sujeto activo del delito.

Aquí, cabe precisar que, la disposición legal, no alude a cualquier hecho criminal, sino específicamente a la figura delictiva del homicidio, supuesto indubitablemente exigido por la norma, como se advierte de su simple lectura.

Solución ésta que resulta obvia, puesto que el legislador está resaltando, poniendo de relieve, el valor del bien jurídico protegido y lo constituye en baremo independiente.

En esta hipótesis, como se ha dicho, el acento no se pone en aspectos referidos a determinado delincuente: reincidente, habitual, naturaleza de los móviles, "... antecedentes personales..." (¿reiterante?), sino que, el centro de la cuestión, se desplaza hacia el aspecto objetivo del delito: "...gravedad del hecho, en sí mismo..."

Acaecido un homicidio, el autor pueden estar identificado o no, pero, en esta hipótesis, lo que interesa es si, resulta de manifiesto, el aspecto objetivo señalado en el párrafo anterior.

La gravedad del hecho, en sí mismo, está dada por la entidad del daño producido, por sus consecuencias materiales, por la forma de ejecutarse el delito, etc.; un conjunto de elementos de juicio que permiten que el intérprete advierta, perciba, que el autor denota un plus de peligrosidad superior al ínsito en la figura delictiva.

Es cierto que, en determinados casos excepcionales, y, el de autos, es paradigmático en tal sentido, la naturaleza de los móviles que impulsaron a los criminales a cometer los cuatro homicidios, con prescindencia de su individualización, aparecen patentes, a poco que se repare en la actividad política que las víctimas desarrollaban, y, muy especialmente, en el contexto histórico en que los crímenes fueron cometidos.

En el caso de autos, la entidad del daño y la naturaleza de los móviles se retroalimentan y permiten, sin esfuerzo y conforme a los dos parámetros vistos, ingresarlo en las previsiones del artículo 123, en lo que a gravedad del hecho se refiere.

Delimitada la cuestión de esta manera, resta analizar el alcance de la exigencia legal: "...se perfilan en concepto del Juez, como sujetos peligrosos...".

El Señor Juez a quo acoge la prescripción, estimando que, los indagados cuyo enjuiciamiento se ha solicitado, no revisten, actualmente, la calidad de sujetos peligrosos.

Es decir, en tal atendible tesis, la declaración de prescripción se correlaciona con la ausencia actual del estado de peligrosidad del agente.

Los argumentos esgrimidos por la Señora Fiscal, discrepando con tal postura ... no resultan de recibo, y, los Señores Defensores, se han encargado de poner de manifiesto tal extremo, al evacuar los respectivos traslados que les fueran conferidos.

Como se ha dicho supra, la cuestión admite otro nivel de análisis, a poco que se advierta que, a los "...homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad..." (artículo 92 del Código Penal), es dable imponerles medidas de seguridad eliminativas.

Llegados a este punto, en el caso de los homicidas, se advierte que la peligrosidad juega: a) como pauta individualizadora de la pena (artículo 86), b) como elemento condicionante de la imposición de medidas de seguridad eliminativas, y, c) para el incremento del término prescriptivo.

Se trata, en suma, de distintas evaluaciones, a practicar en determinados momentos históricos, teniendo como guía las pautas que el propio legislador proporciona.

En los casos de literales a) y b), el momento, no es otro, que en ocasión de dictarse sentencia definitiva.

Mientras que, en el primer caso (a), la peligrosidad constituye un mecanismo correctivo del juicio de culpabilidad; en el segundo (b), al no ser las medidas una contrapartida a la violación del precepto penal, sino que se dirigen hacia el futuro, resultan correlativas a la peligrosidad del reo, siendo éste extremo el que justifica su imposición.

En el tercer caso (c), en nuestra opinión, parece necesario distinguir entre el momento en que se comete el hecho (el homicidio), y, el momento en que se adopta la decisión de acoger o no la prescripción, ya sea alegada por el interesado (artículo 124 del Código Penal), o, declarada de oficio por el Juez.

En la hipótesis que nos ocupa, entre un momento y el otro, deben haber transcurrido no menos de veinte años, conforme a lo preceptuado por el literal a), del ordinal 1º, del artículo 117 del Código Penal.

Es preciso recordar que, para que opere la prescripción de cualquier delito, no basta que transcurra un determinado lapso, sino que, además, resulta necesario que el justiciable haya observado una conducta penalmente no reprochable.

En efecto, en caso contrario, la prescripción se interrumpe, según los casos: por la orden judicial de arresto, por la simple interposición de la denuncia, o, por cualquier transgresión penal, con excepción de los delitos políticos, culpables o faltas (artículos 120 y 121).

Bayardo, define a la peligrosidad, como la "...situación de estado de una persona que haya cometido un hecho previsto por la ley como delito, o que ha realizado una conducta que ha sido prevista expresamente en la ley penal -bien que sin ser delito- bajo el influjo de condiciones de cuyo estado es probable que recaiga en la actividad delictuosa, o la realice en el futuro..." (Tratado...,tomo III, pág. 170).

Resulta arduo imaginar, concebir, que habiendo transcurrido más de veinte años desde que se cometió un homicidio, un sujeto que, revista la calidad de peligroso, no hubiese recaído en el delito.

Con esta óptica interpretativa, sucede lo que se relevó en primer grado, los inculcados después de tan extenso lapso, no se encuentran en esa "...situación de estado..." a la que alude Bayardo, por lo que la solución legal aparece como carente de razonabilidad.

Por el contrario, si el género de vida que lleva el inculcado, lo conduce a transitar la senda delictiva, el instituto de la prescripción se interrumpe, y como se trata de un tan extenso lapso, y el cómputo respectivo se reinicia, por una razón biológica se arriba a la misma conclusión que en el caso anterior: la norma resulta innecesaria.

En nuestro parecer, en este punto, lo que el legislador exige es una valoración de la peligrosidad, un diagnóstico de la misma, que apunta a finalidades distintas a las previstas en el artículo 86 ó 92 del Código Penal.

Ello es así, por cuanto, prescindiendo de cualquier disquisición acerca de la naturaleza de las medidas de seguridad y de las penas, en resumidas cuentas, con ambas, lo que se determina es el tiempo en que el justiciable permanecerá preso.

En el caso de la prescripción del delito, y concretamente respecto del artículo 123, se trata de cosa distinta; definir si se eleva en un tercio, el citado término prescripcional.

A nuestro juicio, tal como lo manifiesta Irureta Goyena, la norma en cuestión, constituyó otra de sus concesiones a "...los criminalistas del nuevo evangelio...", "...sistema que aunque falto de lógica, es el único que permite defender a la sociedad..." (Notas Explicativas....").

En tal concepción, "...el acto no significa más que la manifestación de la actividad del agente, en un momento psicológico concreto, productora de un determinado daño o riesgo, objetivamente considerado....".

"...El elemento físico del delito -resume Florian- no tiene un significado por sí mismo, autónomo, sino que debe entenderse más modestamente como signo y manifestación de la personalidad y de la peligrosidad del delincuente, en función de tal. El delito es un hecho que revela al hombre: dentro del hecho se encuentra el hombre. El hecho, por tanto, debe considerarse en relación al sujeto..." (Jimenez De Asua, tomo III, pág. 352 y ss.),

Por consecuencia, la peligrosidad en la hipótesis que nos ocupa, ha de diagnosticarse teniendo en cuenta el valor sintomático que representa la gravedad del hecho cometido.

Por lógica consecuencia, no se trata de una evaluación que se atenga a parámetros actuales, sino que las coordenadas de evaluación son contemporáneas a la fecha de comisión del delito.

En nuestra opinión, ello es de esta manera, por otra razón coadyuvante: el punto de partida del cómputo del lapso prescripcional, es la fecha de comisión del delito, momento en que queda fijado, cristalizado, dicho tiempo.

Esta es la solución del artículo 117 del Código Penal, el término es inmutable, y queda fijado según la pena del delito.

La solución no transita por la vía del casuismo, ayer, un sujeto malvado por naturaleza, y, por tanto, lapso prescripcional: 26 años y 8 meses; hoy, el mismo sujeto, parapléjico y confinado a una cama, por tanto, no peligroso: 20 años.

El lapso prescripcional dependería de los vaivenes de la vida de cada cual, y no guardaría relación ni con el delito, ni con el hombre, mirado éste desde la perspectiva de su quehacer criminal....".

Hasta aquí la interlocutoria parcialmente transcrita, y, más allá de algunas peculiaridades del caso en que se expusieron estos conceptos, en lo medular los mismos se consideran íntegramente aplicables al presente proceso.

En realidad, el punto no amerita otros desarrollos, si se advierte que, en la presente causa, se les reprocha a los encausados la comisión de veintiocho delitos de homicidios, según el Señor Juez, o, veintiocho desapariciones forzadas de personas, según el Ministerio Público.

III) La Sala se expidió también sobre los agravios vinculados a la valoración de la prueba y, por consecuencia, sobre su eficacia para fundar y dictar una sentencia de condena.-

"...Como ya se ha señalado en sentencia interlocutoria N° 24, del 28 de febrero de 2007, dictada en estos mismos autos (pieza N° 7): "...el análisis y valoración de los medios probatorios disponibles, deben evaluarse, en su eficacia convictiva, vinculados a una cuestión medular: las naturaleza de los hechos denunciados, y, sobre todo, su modo de ejecución..." y, muy especialmente, la situación política en que los hechos investigados acaecieron.

Asimismo, se consideró: "...Lo que sí existió, como consecuencia de la existencia de un enemigo común, fue un accionar concertado, coordinado, entre fuerzas de seguridad (y no sólo de Fuerzas militares), fruto de una política de Estado, hija de la doctrina de la Seguridad Nacional.

"...Seguridad Nacional es el estado según el cual, el patrimonio nacional en todas sus formas y el proceso de desarrollo hacia los objetivos nacionales se encuentran a cubierto de interferencias o agresiones, internas o externas...." (artículo 4º, de la Ley 14.157, Ley Orgánica Militar, publicada en el Diario Oficial el 5 de marzo de 1974).

"...La Defensa Nacional es uno de los medios para lograr la Seguridad Nacional y consisten en el conjunto de órganos, leyes y reglamentaciones que con ese fin el Poder Ejecutivo acciona a través de los Mandos Militares para anular, neutralizar o rechazar los agentes capaces de vulnerar dicha seguridad....".-

Y, específicamente, el Servicio de Información de Defensa "... depende de la Junta de Comandantes en Jefe, constituyendo el órgano de asesoramiento específico con que ésta cuenta, para satisfacer los requerimientos de información y contrainformación impuestos por las necesidades de la Seguridad y Defensa Nacional, proporcionando el apoyo de su especialidad al Estado Mayor Conjunto.

Tendrá por misión esencial elaborar la inteligencia al más alto nivel nacional, mediante la coordinación y planificación de todas las actividades de información y contrainformación que desarrollen los diversos organismos especializados existentes en el país, procurando particularmente establecer un único e integrado sistema con la participación de todos los elementos asignados a estas tareas dentro de cada una de las Fuerzas..." (artículo 18º de la Ley precitada).

El golpe de estado de 1973, no sólo significó la disolución del Parlamento, sino que determinó la creación de una nueva institucionalidad, fiel a tal concepción ideológica; y, por ello, el Poder Ejecutivo "...en uso de las facultades que le confiere la institucionalización del proceso revolucionario...", dio nacimiento al Consejo de Estado, Consejo de la Nación, Ministerio de Justicia, con la consiguiente supresión del Judicial, como Poder del Estado, etc.

Pero, aún tratándose de un gobierno de facto, aún con las modificaciones introducidas al sistema normativo e institucional, no puede sostenerse que durante tal período histórico, más allá del vicio de origen, 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.

Tan es ello de esta manera que, desde las más altas esferas de gobierno se intentaba presentar una situación de legalidad y respeto de los derechos de cada uno (vide informe del Ministerio de Relaciones Exteriores, fs. 838 y ss.).

Lo que, en puridad sucedió, como parcialmente se dijo en el Considerando anterior, es que se desarrolló un Estado terrorista, encargado de la represión política, que coexistía con el otro, arreglado a la nueva institucionalidad; o sea, se trataba de dos caras de la misma moneda.

Se encaró la represión a la oposición política de forma más o menos clandestina, clandestina para la opinión pública, más no para los Mandos Militares, desarrollada desde y por las instituciones del Estado, por agentes del poder público, los que actuaban prevalidos de las facultades que ostentaban por su carácter oficial. Quizás, por tal razón, ni siquiera se modificó ni la legislación ni los instrumentos que, en su momento, habían sido concedidos por las autoridades legítima- mente constituidas para enfrentar la cuestión subversiva.

Clandestina era la actividad política opositora, desde que ésta se consideraba incompatible con la paz social (Cfm. Decreto del 27 de junio de 1973 y Acta N° 1 del 12 de junio de 1976).

En el documento "Apreciación de situación de operaciones antisubversivas N° 1", de setiembre de 1976, elaborado por la División de Ejército I, cuyo Comandante era el Señor General, Esteban R. Cristi, en el ordinal II, literal D) "Factor político" se lee: "...La actividad política oficial, se limita a la actividad del gobierno, que observa una estabilidad de su accionar.

Toda oposición es clandestina y se realiza en forma activa. El hecho de verse impedida la actividad política lleva a integrar o unir a las fuerzas de la oposición.

En la Argentina estaba la mayor base de la actividad clandestina, notándose un alejamiento de este punto por la intranquilidad social de este país...." (fs. 1091).

En este contexto, a los efectos del análisis, resulta por completo irrelevante la intención o motivación del agente que violó los derechos humanos, lo decisivo es que la transgresión ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder estatal.

Como se dice en el Informe Final de la Comisión para la Paz: "...El Estado que....admite o tolera la existencia de un aparato represivo que actúa sin control y por fuera de la legalidad, desvirtúa su esencia y agrede principios fundamentales que hacen a la razón de su propia existencia..." (parágrafo 43).

"...Desde la tortura, la detención ilegítima en centros clandestinos, hasta llegar a los casos más graves de desaparición forzada, se constata la actuación de agentes estatales que, en el ejercicio de su función pública, obraron al margen de la ley y empleando métodos represivos ilegales..." (parágrafo 44).

En tal sentido, no constituyó una cuestión menor el manejo de información a través de la Cadena Nacional de Radio y Televisión de las 20 horas, que, incluso, sirvió de tapadera para los excesos represivos, garantizando la impunidad de los grupos operativos.

Al respecto, en el informe del Señor Comandante en Jefe del Ejército, elevado al Señor Presidente de la República, Doctor Tabaré Vázquez, se dice: "...cuando un detenido fallecía antes, durante o después de los interrogatorios, no se daba intervención a la Justicia, y en algunos casos se le comunicaba que se había producido una fuga, lo que determinaba un comunicado solicitando su detención, habiendo el ciudadano fallecido con anterioridad. En algunos casos únicamente se emitía un comunicado solicitando su requisitoria para ocultar su fallecimiento..." (fs. 1527 y 1528)...".-

En el referido Informe de la Comisión para la Paz, se señala que, fundamentalmente, en relación a los Grupos de Acción Unificadora (GAU) y Partido por la Victoria del Pueblo (PVP) se constató "...acciones represivas con distinto grado de coordinación y colaboración entre fuerzas de ambos países..." (parágrafo 57); fuerzas, que se recuerda, formaban parte de los aparatos militares de las naciones en cuestión, y, por consecuencia, se trataba de personas sometidas a jerarquía y fuertemente disciplinadas.

Asimismo, en informe elevado al Señor Presidente de la República, por el Señor Comandante en Jefe de la Armada, se concluye en que: "...1. Existió coordinación e intercambio de información entre el FUSNA y la ESMA y entre los organismos de Prefectura de ambos países, no existiendo registros ni testimonios que permitan inferir vínculos con otros órganos argentinos. "...2. El ciudadano argentino Oscar De Gregorio fue detenido por efectivos de la Armada Nacional y entregado a la Armada Argentina, previa coordinación gubernamental.... "...9. El empleo de apremios físicos en el FUSNA como método de interrogatorio no fue sistematizado. Estas prácticas se llevaron a cabo, casi con exclusividad, a partir de mediados de la década del 70 y fueron resistidos en forma explícita y frontal, por la casi totalidad del Cuerpo de Oficiales de esa Unidad...."(fs. 1578).-

Se agrega que: "...La Unidad operativa de la Armada que actuó principalmente en la lucha contra la guerrilla fue el Cuerpo de Fusileros Navales (FUSNA)...El S-2 o Sección de Inteligencia actuaba buscando información sobre los Movimientos Subversivos que operaban en la clandestinidad....El funcionamiento compartimentado de los grupos guerrilleros aumentó la

necesidad de inteligencia siendo determinante en el incremento del intercambio de información entre las distintas Agencias de Inteligencia y en el uso de apremios físicos ante la premura de obtener de información. Se requería la información dentro de las primeras 24 horas a efectos de no permitir "medidas de emergencia" que ponían en fuga al resto de la organización. El procedimiento operativo se caracterizaba por un elevado nivel de compartimentación entre el S-2 y el resto de la Unidad. El personal de línea, en caso de realizar un operativo y tener detenidos los entregaba al S-2 en forma inmediata. Solamente tenía contacto con los mismos durante el cumplimiento de la Guardia de Carcelaje.....

La orgánica establecía que el escalafón superior inmediato del S-2 era el Comandante de la Unidad y éste a su vez dependía directamente del Comandante en Jefe....." (fs. 1582 y 1583).

"...Las actividades de reorganización en forma clandestina de los distintos Movimientos se orientaron a trabajar en las áreas sindical y estudiantil, a mantener contacto con organizaciones de otros países y con militantes propios radicados fuera de la frontera y a tratar de agruparse en frentes de lucha comunes contra el gobierno que imperaba en Uruguay.

Los militantes uruguayos que actuaban en la Argentina, muchos de ellos requeridos por las autoridades nacionales, trataban de financiar las actividades de la organización a la que pertenecían, realizar propaganda y unificar esfuerzos.

Las fuerzas antisubversivas argentinas centraban su accionar en dos organizaciones, Montoneros y ERP, y las organizaciones nacionales o de otros países vinculadas con ellas.

La propia forma de operar de las organizaciones guerrilleras motivó la coordinación antisubversiva entre las Armadas de ambos países.

En lo que tiene que ver con el área de información los vínculos comienzan en 1974 por parte de la Armada Argentina que desea recibir información y experiencias de cómo se estaba operando contra la guerrilla, fenómeno que empezaba a materializarse en ese país.

Esos contactos se mantienen mediante visitas de los Argentinos a mediados de la década del 70, a su vez, el Jefe de la Sección de inteligencia del FUSNA visitó Unidades de la Armada Argentina, incluyendo la ESMA, en ese período...".

"Al mismo tiempo la Armada Nacional mantenía contactos con otros organismos de inteligencia de nuestro país, algunos de los cuales también mantenían vínculos con la ESMA y otros Centros de Operaciones.

La coordinación e intercambio de información con la Prefectura Naval Argentina era realizada mayoritariamente entre las Divisiones de Investigaciones de la

Prefectura Nacional Naval y el Servicio de Información de la Prefectura Naval Argentina (DIPRE - SIPNA)...." (fs. 1585 a 1586).

El citado ejemplo de coordinación acerca de la detención y entrega del ciudadano argentino Oscar De Gregorio, se resume: "...desembarcaba de un aliscafo de la compañía "Alimar" pretendiendo ingresar al país con documentación falsa y con dos granadas escondidas en un paquete de yerba y un revólver en un termo...."

"...No existen registros documentales respecto a la entrega de De Gregorio a las autoridades argentinas, sin embargo testigos presenciales aseguran que fue acordada entre los Comandantes en Jefe de las Armadas de ambos países y contó con la aprobación del entonces Presidente de la República Dr. Aparicio Méndez en el "Cónclave de Solís". El detenido fue trasladado en un helicóptero de la Armada Argentina que aterrizó en el Area Naval del Puerto de Montevideo..." (fs. 1587 a 1589).

En similar sentido, es dable recordar que en informe elevado por el Señor Comandante de la Fuerza Aérea, al Señor Presidente de la República, Doctor Tabaré Vázquez, se lee que "...se transportaron personas detenidas desde la ciudad de Buenos Aires en la República Argentina con destino al Aeropuerto Internacional de Carrasco en nuestro país..." (fs. 1514).

Es decir, pues, en este contexto, el combate a la disidencia política, desde la meramente tal, hasta la armada, consistió en privar de su libertad a los sospechosos, su inmediato traslado a los centros de detención, el ocultamiento y la negación de esta detención a los familiares, la práctica de tormentos de forma de extraer la información buscada o considerada necesaria y, finalmente, el abanico final: liberación del preso, el blanqueo de la detención y sometimiento a la Justicia, muerte del detenido, desaparición del cadáver.

Es decir, como se dijo en la premencionada interlocutoria N° 24: "...Una de las notas distintivas del suceso investigado es la clandestinidad: para la represión, para la detención, para la ubicación de los detenidos en determinados centros de detención, con la consiguiente y variada práctica de apremios físicos y psicológicos, para la rápida obtención de información operativa..."

Y, este modus operandi, no fue una práctica aislada o coyuntural, sino una práctica sistemática, desarrollada en el curso de varios años y, por obvias razones, en el esquema político-institucional que se dio el denominado proceso cívico-militar, tal enfoque de la lucha antisubversiva, sólo puede concebirse como ordenada, tolerada, fomentada e instrumentada desde los más altos cargos del Estado.

Y, consecuentemente, en una sociedad como la uruguaya, de raigambre liberal y, por ende, tolerante, el torrente represivo del aparato estatal con tan señalado grado de violencia, sólo podía desarrollarse en la más absoluta clandestinidad, respecto del común ciudadano.

Por ese mismo motivo, la tortura, el tormento a los detenidos, se instituyó o constituyó el método por excelencia, en la regla de tratamiento a los presos, de forma que puede aseverarse que centro de detención, tortura, impunidad del agente del Estado, encajaban en el orden instituido, como cada pieza se ensambla en el mecanismo de un reloj.

Poco importa si el centro estaba en Uruguay o Argentina, las fronteras se borraron a la hora de la persecución, de la represión, porque, en realidad, la comunidad ideológica de ambos gobiernos era patente y, en especial, los unía la valoración política acerca de la consideración que merecía el enemigo (y no adversario) político.

Tal es la base fáctica o ideológica sobre la que reposa el Plan, Sistema o Red Cóndor, como se la quiera denominar, porque, en realidad, no se trata de una cuestión semántica.

Y esa actividad soterrada, clandestina, también tenía una proyección de futuro que consistía, precisamente, en la impunidad de los agentes involucrados que, como necesario punto de partida exigía, hacer imposible el conocimiento de lo ocurrido y, para ello, era preciso borrar los indicios de la ejecución de los delitos, de ahí que, hoy, ni siquiera aparecen los restos de los muertos.

Por esta razón, es que en la referida interlocutoria N° 24, se dijo que: "...A lo largo de las distintas piezas de este expediente, se advierte que la detención en el Centro OT 18, conocido como Automotora Orletti, suponía prisioneros aislados, normalmente encapuchados, sometidos a tormentos sistemáticos, dado su condición de objetivos de inteligencia, y alcanzado éste y perdiendo interés su permanencia en tal lugar, el paso siguiente era el "traslado".

Por tanto, ante el hermético silencio o la ausencia de cualquier información oficial acerca de lo que allí aconteció, los sobrevivientes de ese centro de detención, son las únicas personas que, hoy, pueden arrojar luz sobre los acontecimientos puestos a consideración de la Justicia.

A falta de otra prueba, tales declaraciones testimoniales se constituyen en el medio probatorio por excelencia. Se trata, pues, de testigos necesarios.

Y esto tiene su trascendencia y repercusión en lo que dice relación al conocimiento de lo ocurrido, ya que, a su vez, el modo operativo escogido para la denominada lucha contra la subversión, privilegió, deliberadamente, borrar huellas, no dejar rastros de los hechos acaecidos.

La manera primordialmente clandestina como se encaró la represión, la aparente deliberada destrucción de documentos, el anonimato con que, en algunos casos, se movían los represores respecto de los detenidos, curiosamente, son los extremos que hoy determinan, que la voz de los sobrevivientes de esos centros clandestinos, sea la principal prueba existente para conocer lo acontecido en los mismos..."

Estas razones son las que determinan hoy que, para el esclarecimiento de los hechos ocurridos, sea preciso recurrir al testimonios de los sobrevivientes, al informe de la Comisión para la Paz, al resultado de las investigaciones practicadas en el interior de cada Arma por los respectivos Señores Comandantes en Jefe y puesta en conocimiento del Señor Presidente de la República, a los distintos estudios del pasado reciente efectuado por distintas personas físicas y jurídicas, en tanto y en cuanto cada elemento incorporado al proceso puede ilustrar acerca de lo efectivamente ocurrido y, sobre todo, determinar las responsabilidades de los imputados.

Es claro que el análisis de los distintos elementos aportados debe efectuarse a la luz de la sana crítica, de forma de ponderarse el rendimiento obtenido de cada fuente de prueba, merced a cada uno de los medios probatorios utilizados. Esta es una operación de atribución de valor convictivo a ciertos datos, operación que no está reglada jurídicamente, porque no son de carácter jurídico los parámetros y criterios que deben operar en ella.

La llamada verdad procesal versa sobre situaciones de hecho, acerca de las que se discurre en términos de conocimiento por experiencia. Este, se traduce en pautas y reglas (generalizaciones de saber empírico), a las que se reconoce cierta fiabilidad, por su ya comprobado rendimiento práctico, a la hora de inferir de unas proposiciones particulares sobre hechos, otras proposiciones particulares del mismo género.

En realidad, en general, la valoración de la prueba no es una tarea fácil, puesto que en contra de lo que suele afirmarse, ninguna probanza pone al decisor en contacto directo con los hechos, así como la inmediación no coloca en manos del Juez una bola de cristal que trabaje por él. Ningún proceso ha gozado de tanta inmediación como el inquisitorial ni ha producido tantos y tan graves errores.

Se trata de valorar los hechos, teniendo en cuenta que la razón política está omnipresente, que la lucha antiterrorista no fue otra cosa que un episodio dentro del marco global de la “guerra fría”, y que, por sobre todo, los distintos agonistas dieron por bueno que el fin justificaba los medios.

En el campo estatal, fue tan poderoso el instrumento del “secreto”, la “compartimentación” de los servicios de inteligencia que, aún hoy, a casi cuarenta años de ocurridos los hechos, aún tratándose como se trata de hechos infames, la Comisión para la Paz, los propios Comandantes de las respectivas Fuerzas, e, incluso, periodistas que se han ocupado de estos temas, han tenido que pagar un precio a la información: el anonimato del informante.

Es decir, a casi cuarenta años, ciertas normas de comportamiento, de lealtades personales, cuando no institucionales, están firmemente incrustadas en la vida democrática del país...”.

IV) En relación a la ubicación de los involucrados dentro de la estructura represiva del Estado, como asimismo, en cuanto a los elementos de juicio que

conforman la prueba de cargo, manifestó el Tribunal en dicha sentencia los aspectos relevantes del asunto, los cuales son trasladables a esta causa, a saber:

No "... pertenecían al estamento más alto del aparato estatal, si, por ello, entendemos a quienes diseñaron la política a seguirse en la materia que nos ocupa, no fueron "los hombres de atrás" o los de "escritorio".

Fueron, sí, los hombres de trincheras, los combatientes de la primera línea de fuego, los que llevaron a la práctica aquellas decisiones superiores, a ellos se les encargó y se ocuparon de lo operativo; formaron parte del elenco de los ejecutores de la política represiva diseñada por las jerarquías del gobierno cívico-militar.

En tanto y en cuanto integrantes de los servicios de seguridad del Estado integraron lo que Roxin denominó un aparato de poder organizado.

"...Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan de ejecución para una organización jerárquicamente organizada. Puede tratarse de una banda de gangsters, de una organización política o militar y aún de conducción colectiva del Estado (como por ejemplo el régimen de Hitler). Quien actúa la palanca del poder y da las órdenes, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiamente realice la acción..." (Estudios en homenaje al Profesor Luis Jiménez De Asua pág. 64 y ss.)..."

En este orden de ideas, la prueba resulta francamente incuestionable, compartiéndose íntegramente la valoración efectuada, tanto por el Ministerio Público al acusar, como por el Señor Juez al sentenciar.

Por lógica consecuencia, el Tribunal no puede compartir el parecer de los Señores Defensores cuando hablan de orfandad probatoria y, menos aún, cuando se dice que, la condena reconoce como supuesto la calidad de militar, en una suerte de in dubio contra militar.

La calidad de funcionario de los servicios de inteligencia no es tarea para cualquiera, en cualquier tiempo, menos aún, en aquellos tiempos.

Siguiendo a Roxin, en el nivel de los imputados... los hombres eran intercambiables, si permanecieron en sus puestos, ello es índice elocuente que cumplieron y que cumplieron a satisfacción con el deber asignado..."

En relación al devenir de los acontecimientos que se dieron por probados se manifestó por parte del Colegiado: "... desde el 28 de marzo de 1976, fecha en que fueron detenidos en Colonia, Vázquez de Anzalone, Gil y Ferreira, el P.V.P., sin pausas, comenzó un lento camino hacia la desarticulación y la consecuente detención de sus militantes, entre ellas sus figuras políticas emblemáticas, como Gerardo Gatti y León Duarte.

Con la excepciones constituidas por algunas detenciones en abril de 1976, el grueso de las mismas ocurrieron en junio: los días 9, 15, 17 y 30; julio: los días

9, 13, 14 y 15, fechas en las que prácticamente se detuvo la tercera parte de la organización.

En el mes de setiembre y octubre concluyó la obra de desmantelamiento del P.V.P., siendo detenidos algunos de sus cuadros militares más importantes: Mechoso, Soba, Zaffaroni. Alrededor de 18 integrantes del partido fueron detenidos entre los días 23, 26, 27, 28 y 30 y en los primeros días de octubre (del 1 al 4), una decena más de militantes.

A excepción de Gatti, detenido el 9 de junio, la mitad de integrantes del P.V. P. detenidos (aproximadamente), lo fueron entre 15 de junio y el 15 de julio de 1976.

De la primera tanda, con la excepción de Gatti, Duarte, Rodríguez, todos sobrevivieron a la captura. De aquí saldrá el contingente (Cadena, Gayoso, Quadro, etc.), que integrará la operación del chalet Susy, otros serán puestos en libertad, a fines de diciembre de 1976.

De esta primera ola de detenciones, saldrá quienes compondrán el elenco de detenidos transportados al Uruguay en aviones de la Fuerza Aérea uruguaya, el 24 de julio de 1976, cuyo copiloto, como ha sido reconocido por él mismo, fue el Comandante Bonelli.

A excepción de Castellonese, Laguna y los hijos respectivos, Barboza, Peralta y Alvaro Nores, de la segunda ola de detenidos, nadie sobrevivió.

Todos los detenidos estuvieron en Automotores Orletti, centro que funcionó entre mediados de mayo de 1976, a noviembre de ese año, fecha en que el inmueble fue entregado al arrendador.

Antes de las detenciones de setiembre y octubre de 1976, es que corresponde la confección del parte especial de información N° 81, que es de fecha 21 de agosto de 1976, por el que, el Comandante de la División de Ejército I, da cuenta de la información procedente del SID: la realización de ficheros de parte del P.V. P., con atentados ya resueltos: Gavazzo, Silveira, Seschi, Batlle, Echeverría y Cataldi; y, de personas para quienes ya está dispuesto relevamiento: Generales Queirolo, Prantl, Hontou, Raymunde, Brigadier Bendahán, Doctor Juan Carlos Blanco, Ingeniero Alejandro Vega Villegas y Julio Aznárez, entre otros (fs. 3.723).

Entre la clausura de Orletti y las detenciones de octubre, el Señor Comandante de la Fuerza Aérea ubica un segundo viaje, de similares características, a las registradas en el que él participó.

Tal y como señala en su voto el Señor Ministro, Doctor William Corujo: "... No se dirá que Bonelli es un enemigo ideológico que recordó los hechos más treinta años después, luego de haber meditado, o de leer sobre la represión..."

No se comparte el parecer de la Defensa... en cuanto a que el informe de Bonelli, acerca del segundo vuelo, fue sugerido por el Doctor Gonzalo Fernández.

En primer lugar, la Sala no le hará el agravio al precitado Señor Comandante, presumiendo que su información obedeció al propósito de hacerle el mandato o congraciarse con, en la época, Secretario de la Presidencia.

Pero, además, no es lo que el Comandante Bonelli declaró en el Juzgado: "...le podía decir que yo hice el vuelo, él me corrige y me dice "los vuelos", yo le dije que sabía del que yo participé. El me dice que tenía que haber otro vuelo, yo le dije que me sorprendía pero que iba a averiguar, así fue como me impuse averiguar de esas dos personas más ese segundo vuelo. Informé verbalmente del vuelo que participé para que no hubiera ningún tipo de dudas. Partiendo de la base del decreto de formación de las Comisión para la Paz, en el cual tiene un mandato expreso de confidencialidad de las fuentes (artículo 3º) que lo que me permitió profundizar lo mejor posible, con la mayor verosimilitud posible, de los hechos que se me habían encomendado investigar. Y así fue como llegué al convencimiento del fallecimiento de estas personas en Unidades de la Fuerza Aérea, su posterior entierro y de la misma forma llegué a la conclusión de que efectivamente como lo planteó el Dr. Gonzalo Fernández había existido otro vuelo aparte del que se había efectuado. Cuando yo hago el informe, pongo que estas operaciones fueron ordenadas por el Comando General de la Fuerza Aérea, y eso va en concordancia con lo expresado antes de que vuelo al exterior y vuelos especiales eran determinados y ordenados por el Comando General..." (fs. 3.771 y 3.772).

Los traslados ilegales fueron la constante en la política represiva de la época: al vuelo del chalet Susy, cabe agregar el que trajo a Alvaro Nores, el de Barboza y Peralta, los hijos de Grisonas y Julien a Chile, el de Irureta Goyena de Gelmán al Uruguay, etc.

En suma, no se trató de una práctica excepcional, y no lo fue, no lo podía ser, porque una parte importante de los militantes de organizaciones de izquierda, en especial, aquéllos que mantenían la opción armada, se había trasladado a Buenos Aires, con el objeto de reorganizarse para proseguir sus actividades (fs. 3.715 y ss.).

Entonces, en este segundo vuelo, es dable concluir que parte o todos sus viajeros, estaban constituidos por integrantes del P.V.P. que habían sido detenidos poco tiempo antes.

No surge claro, además, si en ello incidió la inminente clausura de Orletti, porque no están definidas las razones que llevaron al cierre de dicho centro, ni tampoco, si el tal cierre obedeció a una decisión tomada con cierta antelación, o, de manera intempestiva, a consecuencia de la fuga de detenidos.

En conclusión, puede compartirse la aseveración del Ministerio Público: "... Como conclusión probatoria pues, queda la certeza de que el vuelo del 5 de octubre transportando prisioneros desde Argentina existió, pero no hubo

información hábil, de fuente militar, que permitiera determinar lo sucedido después con los pasajeros, ni cuántos fueron...” (fs. 8.099).

Ahora bien. La coordinación represiva, el intercambio de prisioneros, niños sustraídos, locales clandestinos de detención, han sido suficientemente probados.

Como ha declarado el funcionario policial, el Sargento Grignoli, ante el Tribunal de Honor, formado en julio de 1979, para juzgar la conducta del Coronel (en situación de Retiro), Ernesto Ramas: “...El problema es un poquito más amplio, es decir, nosotros desde el año setenta y cuatro, del procedimiento de los Tupamaros, desde el veinticinco de mayo del setenta y cuatro hasta este momento, trabajamos con OCOA y por consiguiente con el SID...La operación de los Tupamaros del veinticinco de Mayo del setenta y cuatro, después lo que se denominó la operación Murga que se inicia ahí, en la Brigada, después se trabaja con OCOA y con el SID; los Montoneros que los trae el SID y trabajamos con ellos también y después la operación con el Partido Comunista....” (fs. 8.833 y 8.834).

Ante el mismo Tribunal, el Señor Comisario, Hugo Campos Hermida, al ser preguntado: “...¿Usted habría llevado a un detenido a una casa suya?, C: Bueno, yo que sé, usted sabe que...de repente, en un procedimiento de este tipo, usted sabe que no hay reglas en este juego, usted sabe mi Coronel...” (fs. 8.850, subrayado del Redactor).

A esto corresponde agregar lo declarado por el Señor Coronel González Arrondo, a fs. 8.856, cuando manifiesta que “...Las órdenes no estaban asentadas por escrito por obvias razones....”.

Expresa, al respecto, en su voto, el Señor Ministro, Doctor William Corujo: “...Es verdad que esta investigación no alude a los imputados.

La investigación que se efectúa contra algunos Oficiales y Rama es ilustrativa acerca de cómo se movilizaban, del modo de operar perfilado desde el Mando y evidencia que las calamidades a que aluden estas actuaciones existieron y que no se trata del ardid o puesta en escena de enemigos políticos, que lo fueron, sin dudas.

Téngase presente que Campos Hermida era un funcionario policial, que estaba declarando bajo acta, ante un Coronel y éste recogió la incriminación y autoincriminación al mismo de tiempo de Campos: “Usted sabe que no hay reglas en este juego, Usted sabe mi Coronel”....”.

Llegados a este punto, es preciso señalar que hayan integrado o no el segundo vuelo las personas mencionadas en la acusación, hayan sido muertas en Uruguay o Argentinas, la responsabilidad de los imputados no varía.

Las personas cuyas muertes se imputan en la sentencia en vista, fueron conducidas a centros clandestinos de detención, torturadas, etc.; es decir, el comportamiento de los imputados supuso y determinó que el bien jurídico vida

de los detenidos, fuera puesto en inminente peligro, porque, como los mismos imputados lo manifiestan, el resultado muerte era el que normalmente ocurría en tales lugares.

Tan fueron así las cosas que esa fue la razón que se esgrimió para el traslado de militantes del P.V.P. destinados, después, a ser el claque de la operación del chalet Susy.

El resultado muerte de las víctimas cuyo homicidio se imputa a los encausados, es consecuencia ineludible de la acción desarrollada por éstos, en el marco de la política adoptada al respecto, y, por lo demás, está probado que, en tales operativos, participaron...”.-

“...La conducción de personas a un centro clandestino, tanto en Uruguay como en Argentina, no constituyó una acción inocua, sino que se trataba de colocar al detenido en tal estado de dependencia física, psicológica, de forma que tornara apto para la consecución del fin buscado.

En estas condiciones, la situación del detenido es de riesgo superlativo, no sólo para su integridad física (lo menos), sino para su propia vida y esto era, conocido y sabido, porque esas eran las prácticas de estilo en tales lugares.

Si se prefiere en palabras de Jescheck, íntegramente aplicable a la hipótesis que nos ocupa: “...El deber de garante por un hacer precedente peligroso se basa en la prohibición de lesionar a otros (“neminem laede”). Quien produce una perturbación de aquel orden social de protección que se dirige a la evitación de lesiones de bienes jurídicos (injerencia) debe cuidar que el peligro por él creado no se convierta en un resultado físico. Sin embargo, para que quede claro que de la sola causación de un peligro no puede nacer el deber de evitar el resultado, la idea de injerencia debe restringirse en un triple sentido. En primer lugar, el hacer precedente debe haber ocasionado el peligro próximo (adecuado) de producción del daño. En segundo lugar, el comportamiento previo debe haber sido objetivamente contrario al deber (aunque no sea culpable). Por último, con objeto de excluir infracciones mínimas del deber, la clase de perturbación debe haber sido lo suficientemente importante como para que, según las convicciones jurídicas de la colectividad, parezca posible hacer responsable jurídico-penalmente al perturbador por no haber evitado el daño. Este último presupuesto sólo concurre cuando el sujeto de la injerencia o bien suprime una relación de protección existente, haciendo imposible la intervención del titular del bien jurídico mismo o de otra persona dispuesta a protegerlo, o bien crea una nueva fuente de peligro, que puede consistir ya en el desencadenamiento de fuerzas de la naturaleza o en la no vigilancia de personas que le están confiadas...” (Tratado de Derecho Penal, parte general, volumen II, pág. 854 y ss., subrayado del Redactor).

Agregó la sentencia “...consigna en su voto el Señor Ministro, Doctor José Balcaldi: “...La prueba obrante en autos es abrumadora sobre cómo se operaba en Orletti.

En el mismo operaban militares argentinos y uruguayos y delincuentes, como Aníbal Gordon y su banda. Se reprimía ilegalmente a disidentes de los regímenes imperantes, siempre de acuerdo a las instrucciones o parámetros que les brindaban quienes le encomendaron la tarea.

Se trasladaban clandestinamente personas de un país a otro, como en el caso del Chalet Susy, e, incluso se montó un procedimiento falso en el balneario Shangrila, para hacerlos aparecer con armas y con propósitos subversivos...”.

En cuanto a la prueba de cargo contra Silveira, Ramas. Maurente, Vázquez, Sande y Medina expresó en su voto el señor Ministro Dr. William Corujo Guardia: “...se parte de un hecho incontestable, objetivo: Existieron detenciones ilegales, traslados clandestinos, sustracción y cambio de estado civil de niños, ejecuciones sumarias, violaciones, coordinación ilícita entre los diversos gobiernos militares que integraron el Plan Condor.-

No se trata de una confabulación siniestra para incriminar inocentes.-

Los sobrevivientes de la represión estatal atravesaron un perfil del infierno; los niños sustraídos de sus padres en cautiverio y recuperados son laceroso testimonio de una época siniestra del país, pero real, auténtica, como lo son los restos de Arpino Vega, Chavez Sosa y el Esc. Miranda.

La comisión Investigadora parlamentaria (se constituyeron dos con el advenimiento de la democracia) sobre la situación de los desaparecidos y los hechos que la motivaron presentó su informe el 4 de noviembre de 1985 reconociendo que en nuestro país el gobierno de fuerza aplicó la tortura como denominador común, la existencia de vinculación clara de las desapariciones ocurridas en ambos territorios (Argentina y Uruguay); niños desaparecidos que fueron entregados a familiares o amigos de los represores .-

Organización: Ministerio de Defensa: Región Militar N°1; OCOA: Oscar 300 en adelante;

Junta de Comandantes: SID con jurisdicción nacional según Rebollo.-

El Gral. Carlos Díaz a fs. 3697 declaró que: "entiendo que debería existir coordinación de operaciones entre el SID y el OCOA".-

Coordinación de la SIDE: es impensable la represión política internacional sin el orden expreso de la cúpula de los gobiernos de la época...”.-

Del mismo modo que existió coordinación entre el FUSNA y la ESMA. Menos aún en la República Argentina donde reinaba la política masiva de exterminio en la frase: "los hijos de los subversivos nacen subversivos" y a ellos debía extenderse también; el consejo a sus pares uruguayos que mantenían miles de presos políticos que los ejecutaran porque un día saldrían en libertad y se arrepentirían demuestra lo que ocurría en el vecino país donde no se podía actuar sino en coordinación con ellos.-

Es por ello que los testimonios son abundantes y copiosa la documentación.-

Por supuesto que los testimonios son analizados a la luz de la sana crítica con el mismo criterio con el que se analiza el de un funcionario policial que incrimina a un ciudadano que aprehendido por un delito cualquiera; no es un tacha, como no la es el de damnificado.-

Al fin de cuentas los imputados contaron con el respaldo del aparato del Estado para actuar, gozaron de años para articular sus defensas o coordinar sus testimonios que se pueden resumir en el "no se", "no tengo conocimiento", el responsable está muerto...".-

Sobre los casos específicos de Sande y Maurente, que fueran particularmente controvertidos por la Defensa, expresó dicho Ministro: "...A fojas 8.195 me remito al subrayado del pasaje que hace la propia Fiscalía..." y añade "...se dispone la plena prueba acerca de la actuación de un grupo operativo de OCOA y SID en Argentina que culminó con la detención de ciudadanos uruguayos cuyo destino actualmente se desconoce... esos detenidos estuvieron bajo la égida e esos funcionarios...".-

Sara Méndez acusó a Maurente; a fojas 8218: "A Nores fue Maurente quien lo condujo hasta el aeropuerto. A la llegada lo esperaba Sande (dice Sanders o Sandelr) y fue conducido al local de Bulevar y Palmar".-

A fojas 8231 vto: "Los oficiales que estaban en ese momento en el Departamento III son los que viajaban a Argentina...En igual situación se encuentra José Sande Medina también proveniente de la policía, traído en el momento en que los operativos se intensificaban, cara visible en la custodia de los prisioneros.- Fue reconocido en detenciones en Buenos Aires (de Raúl Altuna y Margarita Michelini): " en este estado se advierte que fue algo más que la mera custodia (que igualmente era de detenidos clandestinos, torturados y cuyo destino final se conocía por lo que se desprende que operó como co autor porque, en diverso grado cumplieron una función determinada en el grupo represivo: detenciones ilegales, traslados o facilitación de traslado, etc., que no justifican en absoluto la rebaja de la pena...".-

Ariel Soto recuerda a Maurente que pasó al SID a fines de julio (no de junio como dice la demanda) en 1976 fecha clave en estos procedimientos (Y sobre Maurente abunda a fs. 8238).-

Respecto de Sande agregó la demanda que "a la casa de Raúl Altuna y Margarita Michelini fueron Sande Lima, el caqui Forese...los tiraron en la parte de atrás de la camioneta y Sande Lima relató Altuna, iba con un pie sobre su cabeza..." añadiendo a fs. 8238 vto-8239 que fueron "ejecutores inmediatos...prestaron colaboración trascendente en la etapa consumativo de los delitos".- Además de agregar, en etapa de alegatos, que a Sande se lo ubica firmando por el Jefe del Departamento de Información de huellas dactilares y fotografías de 3 personas entre ellas Raúl Tejera que tuvo como destino final la muerte.-

Su participación activa surge de fs. 8567 y ss. solicitando las huellas de Raúl e Isabel Tejera y Carlos Da Silva.-

También lo involucra Arab a fs. 784 quien dice que Sande integraba el SID, extremo corroborado por MEDINA a fs. 792 al igual que lo integraba Maurete.-

Medina dice que él hacía guardias... en la casa de Punta Gorda y además, estaban Sande y Maurete...”.-

De fojas 824 surge que Sande: 1.- participó en la lucha contra los grupos subversivos durante 2 años; 2.- integraba el SID al igual que Maurete, 4.- Al SID iba Maurete, él, etc, 5.-Dice "al principio los teníamos vendados; 6.- Coordinación SID OCOA está explicitado por la Sala en fallo anterior, mientras que en cuanto a la OCOA tenía pleno conocimiento del traslado de 22 personas "porque iban a hablar con ellos, era evidente eso": 7.-Analizó los movimientos del MLN; JCR y algo del PCR... la metodología era someterlos a apremios físicos durante el interrogatorio (fs. 1515 y 1516) y si se determinaba el fallecimiento al igual que con Gomensoro se utilizaba el argumento de la fuga...”

De la OCOA su acción y resultado surge de fs. 1529 y ss y del SID nadie lo discute; la coordinación es absurdo discutirla, el plan Cóndor está hartamente probado y entre las Armadas de Uruguay y Argentina admitido oficialmente a fs. 1585.-

López Burgos también nombra a Sande y Maurete y Sara Méndez a Maurete al igual que Glauco Yannone y Rodríguez Larreta y Alvaro Nores.-

Bertolotti a fs. 2165 dice que llegó a reunirse con Sande, indicio incriminatorio hacia el encausado, pues si nada menos que el entonces Cte. en Jefe del Ejército se reúne con él para que le aporte información es porque le consta que Sande estaba al tanto y, dice Bertolotti que, "aportaron datos difusos, que habían trabajado en el Sid... Que hacían seguimientos, vigilancias, ellos concurren por su propia voluntad" y hasta Carlos Díaz admite que existían coordinaciones entre el SID y el OCOA, tanto que en la casona de Millán operaba el OCOA o el SID.-

También Ricardo Divenuto dice que en el período 74-76 Sande integraba el Departamento III al igual que Tucci.- Larroque.-

Gilberto Vázquez que es sinuoso y falaz en muchos pasajes no deja de confesar que hubo muertos en interrogatorios, lo cual está plenamente probado. En suma: la actividad de Sande fue más que vigilar presos ilegales y en relación a la de Maurente la prueba es plena.-

V) Asimismo, en relación al agravio del Ministerio Público, expuesto en la adhesión a la apelación, referido a que los hechos de autos deben calificarse como desaparición forzada de personas y no como homicidio, tiene posición formada la Sala y fue expuesta en la sentencia Nro. 1/10 mencionada por lo cual a ello se remitirá.

“...Tal como han señalado las partes, también en torno a esta cuestión, este Tribunal tiene posición adoptada al respecto y que fuera expuesta en la causa seguida contra Gregorio Conrado Alvarez Armellino y Juan Carlos Larcebeau Aguirregaray, en interlocutoria N° 352, del 23 de octubre de 2008.

Allí se dijo: “...por imperio del artículo 15, inciso 1° del Código Penal (De la ley penal en orden al tiempo) “...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....”.

Entonces, si el delito de Desaparición Forzada, creado por el artículo 21 de la Ley 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, norma que fue publicada el 4 de octubre de 2006, no existía al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no puede ser aplicada retroactivamente.

También es real que los hechos a juzgar en esta causa podrían tener adecuación típica al momento de consumarse en caso de encartar la previsión del artículo 281 del Código Penal, esto es, el reato de Privación de Libertad, si nos atenemos exclusivamente a la retención ilegal de personas, cuyo destino resultó incierto a partir de una fecha determinada.

Sin embargo, la figura que se imputa a los enjuiciados, Desaparición Forzada, no solamente no coincide en su estructura con tal delito, lo cual descarta que se trate de una cuestión semántica, sino que, además, presenta un guarismo punitivo claramente más grave que aquella figura.

En el primer caso, la pena va de un año de prisión a nueve años de penitenciaría, mientras que, el nuevo maleficio, presenta una sanción de dos a veinticuatro años de penitenciaría.

Tan notoria diferencia no hace más que encajar plásticamente en la disposición del inciso primero del transcripto artículo 15 del Código Penal...”.

“...la primera hipótesis de las dos establecidas en el artículo 21 de la ley 18.026, no puede ser aplicable a los sucesos debatidos en la causa por cuanto se trata de una norma penal novedosa y además más grave que las existentes en el momento de la consumación, lo que lleva ínsito, para el caso de su imputación, el violentar una norma primordial, como lo es el artículo 15 del Código Penal, pero también los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal.

“...En cuanto a la segunda hipótesis, la omisiva, no es atrapada por la irretroactividad de la ley, en tanto y cuanto se comenzaría a producir la infracción a la norma a partir de su vigencia para aquel agente comprendido en su estructura, ya que el delito creado es de naturaleza permanente y se comete mientras permanezcan las condiciones de su existencia.

En cuanto a la hipótesis comisiva dijo la Sala “...Pero, además, se está aplicando retroactivamente la nueva figura del artículo 21.

Aún dando por bueno que el artículo 21 establece la desaparición forzada, imputar esta figura a hechos que principiaron a cometerse antes de su vigencia es aplicar retroactivamente la ley.

No se trata de la permanencia del momento consumativo, esto es, una parte del problema.

En realidad, la figura se construye a punto de partida de la privación de libertad de una persona, seguida de la falta de información, perdurando la consumación en el tiempo de la forma prevista en el artículo 21.3.-

La cuestión es que el acto que inicia la ejecución del delito de desaparición forzada es la privación de libertad del sujeto, si no se hubiera verificado este supuesto, no habría violaciones ulteriores de los derechos de las víctimas.

La perduración del momento consumativo no es ni más ni menos que la consecuencia necesaria y lógica del acto de privación de libertad.

Dicho de otra manera, desde el primer acto (la detención) todos los actos componentes de la figura delictiva están entrelazados, interconectados y, por consecuencia, conforme al principio de legalidad, la norma aplicable es aquella vigente al momento que comienza a ejecutarse el delito.

Por lo tanto, cuando se detuvieron a lo que luego fueron desaparecidos, la figura que ahora se pretende aplicar no estaba vigente y, por lógica consecuencia, su atribución constituye una flagrante violación al principio de irretroactividad de la ley penal.

No se puede trozar el íter críminis a efectos de aplicar determinada ley, no es de recibo atender a los distintos momentos consumativos que perduran, que se mantienen en el tiempo, desgajándolo del acto inicial que precisamente es el antecedente básico y necesario de tales momentos consumativos.

El argumento del nullum crimen sine iura ... no resulta de recibo, porque no se trata de la aplicación de una ley internacional, en el ámbito del derecho internacional, sino de una ley nacional que, además, se aparta en la solución legislativa de la referida norma internacional.

Pero lo grave lo pone de relieve la Defensa... "...Con el nullum crimen sine iura ingresa el jus cogens, en abierta violación de la Constitución de la República, desde que no es sólo la ley, sino también los principios del derecho internacional los que establecen delitos.

Así las cosas, resulta un argumento en abierta oposición a cardinales principios (artículo 9 Código Civil). El jus cogens alude a "...normas que fijan o prohíben

determinadas conductas sin posibilidades de exclusión de las partes, por contraposición a *jus dispositivum* –normas que pueden ser modificadas por las partes o que se aplican en ausencia de su voluntad- aparece y se plasma con perfiles propios mucho antes en el Derecho interno de los Estados, que en el internacional.

Aún así, en el campo del Derecho internacional, lo más novedoso es no sólo su cristalización reciente, sino su surgimiento con caracteres propios y distintos a los del derecho interno.

Es por esto que los juristas enfrentados al estudio del tema, pueden llegar a sostener, que en el campo del Derecho internacional “...el *jus cogens* se vuelve un hechizo mágico, un espíritu flotando por encima de la tierra firme del Derecho internacional.... un fantasma sin sangre ni huesos, este fantasma se conoce, un pretendido “derecho”, sin contenido que le dé sentido, sin reglas de procedimiento que le dé vida, sin relación con el Derecho positivo, susceptible de ser invocado no importa a qué fines, sin la menor exigencia de rigor científico, es el viejo Derecho natural bajo un nuevo disfraz...”

Y, concluyo las citas: “...Del esquemático análisis practicado de la doctrina y jurisprudencia de los últimos tiempos –reflejo de la opinión general- emerge el reconocimiento de la existencia y configuración de normas de *jus cogens*, en el terreno del Derecho internacional, pero aún en una etapa de dudas y vaguedades. Dicho estado de opinión en definitiva revela la posición de los Estados –evidenciada en los textos de la Convención de Viena de 1969- no decididos todavía al lanzamiento final que perfile aquellas normas con caracteres jurídicos precisos....”.-

Sin embargo, el debate teórico, carece de necesidad de mayor profundización una vez que, en un aspecto medular sí existe coincidencia total entre los Integrantes del Colegiado, y la misma no es, ni más ni menos, que el hecho que TODOS LOS DESAPARECIDOS HAN FALLECIDO, puesto que así lo demuestran los datos de la realidad, como verbigracia el informe de la Comisión para la Paz, pero fundamentalmente la circunstancia incontrastable de que se los se esté tratando de localizar EN ENTERRAMIENTOS CLANDESTINOS, lo cual, luego de transcurridos tantos años, no puede obedecer a ninguna otra solución que no sea sus decesos.....”

Y, luego, en la referida providencia se agregaba: “...En suma, no se trata de personas desaparecidas sino asesinadas.-

“...El artículo 21 de la Ley 18.026 estructura la figura “Desaparición forzada de personas” en dos modalidades: una comisiva y la otra omisiva.

Por la primera, el sujeto activo (que debe reunir determinada calidad), de cualquier manera y por cualquier motivo: a) priva de libertad a una persona, b) se niega a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de su libertad.

Por la segunda, se castiga a quien omite y se niega a brindar información sobre el hecho de privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte.

“...a vía de reflexión, sólo la hipótesis omisiva se refiere o habla de persona desaparecida y aquí me parece que se plasma una cuestión, ¿existe diferencia entre persona privada de libertad y persona desaparecida?”

“...existe diferencia por lo que diré más adelante, por lo que tal y como está redactada la forma comisiva, el sujeto pasivo es la persona privada de libertad y no el desaparecido.”

La defectuosa copia del Estatuto de Roma determinó que la hipótesis delictual quedará constituida por una suerte de privación de libertad calificada por la negativa a informar, omitiéndose poner el acento, enfatizar, en que el sujeto pasivo debe estar “desaparecido”.

“...defectuosa copia, porque el Estatuto de Roma define específicamente el crimen de desaparición forzada: “...i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado....” (artículo 7º).

“...además, que los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto se persiguen cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, y no como acto aislado como se legisló aquí (además).

La Convención Interamericana de 1995 define el delito de desaparición forzada de forma más o menos similar al Estatuto (artículo II): “...se considera desaparición forzada la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales....”.

“...De acuerdo al artículo 21, sucintamente, la desaparición supone: a) que se haya privado de libertad a una persona, b) que haya sido cometida por agente del Estado o con autorización, etc., c) que esa privación de libertad haya sido seguida de la falta de información, ya sea acerca de la propia detención, del paradero o la suerte del detenido.

Se ha eliminado la exigencia establecida en el estatuto acerca de la imposibilidad de ejercicio de los recursos, etc.

La diferencia entre la privación de libertad (simple por decirlo de alguna forma) y la desaparición radica en la incertidumbre, es decir, no se sabe si la persona está detenida, donde está y si está viva.

La propia norma alude al punto, al establecer que la desinformación se refiere precisamente a eso: "...a informar sobre la privación de libertad, o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad....", esto es, la incertidumbre referida a la existencia de una persona que abarca o comprende hasta la certeza de la detención misma...".-

"...Ahora bien, al año 2006, luego de 21 años de gobierno democrático, con un amplio marco ideológico de representación en el Parlamento, no es dable sostener que reina incertidumbre acerca de las personas desaparecidas, o que las mismas están recluidas en alguna mazmorra del gobierno.

Ya, desde el advenimiento de la democracia, si es que alguien tenía dudas antes, se conoció fehacientemente que no había persona desaparecida viva.

La propia Señora Fiscal pretendiendo puntualizar su desacuerdo con lo expresado en dicha decisión, acerca de que el Derecho Penal es hijo de la realidad, (cita del Doctor Langón), reconoce, no obstante, que los desaparecidos están muertos.-

Entonces, en este enfoque, la cuestión no se centra por el lado de la retroactividad, sino... en un momento anterior: si el supuesto legislado es aplicable a alguna hipótesis fáctica existente.-

No media incertidumbre acerca de que esas personas están muertas, al punto que hoy se rastrillan los cuarteles en busca de sus restos.

El artículo 21.3 dice que la permanencia cesa cuando se establezca el destino o paradero de la víctima.

Qué otro destino tuvieron los desaparecidos que la muerte, y los que no murieron y estaban en aquella condición, fueron blanqueados a través del sometimiento a juicio ante la Justicia Militar: *tertium genus non datur*.

La mutilación de la hipótesis delictual prevista en el Estatuto y en la Convención ... no cambia la solución, desde que la realidad evidencia que la figura deviene inaplicable.

La realidad no admite calificativos, simplemente es, y la realidad nos dice de manera contundente que los que alguna vez estuvieron detenidos, pasando al status de desaparecidos, si no fueron blanqueados, están muertos desde ya muchos años.

Su destino, su suerte, como dice la ley, no es una incógnita, se podrán ignorar detalles acerca de cómo y cuando ocurrieron sus muertes, no se habrán encontrado sus restos, pero eso no habla de desaparecidos, sino de personas muertas de las que se ignora detalles de sus últimos días de vida, pero el destino se sabe.

Y, si el destino se sabe, la permanencia cesó, la ejecución del delito terminó con décadas de antelación al dictado de la Ley 18.026, aún atendiendo al texto de la misma...”.-

“...En conclusión, no existe adecuación típica del comportamiento reprochado en la figura delictiva atribuida...”.-

Sobre el punto; “...Dice la Señora Fiscal Doctora Guianze ...: “Es claro que a esta altura no se piensa que los detenidos desaparecidos estén vivos.”.-

“...Tanto es así que la distinguida Señora Fiscal admite que, en el caso de Elena Quinteros, solicito la condena de los responsables por el delito de homicidio muy especialmente agravado. Ahora, dice, cambió de opinión.

Naturalmente que ... la desaparición forzada constituye un delito creado contemporáneamente pero en modo alguno... se trata de “un fenómeno contemporáneo”, parafraseando a Galileo Galilei cuando es interrogado acerca de si el sol es eterno, responde “eterno no, ma e antico”. Demasiado antiguo para la humanidad su práctica... no puede confundirse la figura del homicidio con la de la desaparición...”.-

“...Estructurado en dos hipótesis claramente diversas, el multicitado artículo, en su primera parte no se encontraba vigente al momento de consumarse los hechos que se atribuyen e ingresarlo supone darle carta de ciudadanía a la retroactividad de la ley penal, avasallando uno de los más caros principios del derecho penal liberal.

Cuidado con el derecho excepcional que viola abiertamente el principio de legalidad y nos condena a una inseguridad jurídica absoluta, porque es hijo de la costumbre internacional que convierte en pesadilla jurídica la certeza del derecho de los ciudadanos.

El tipo no estaba contemplado en el derecho positivo vigente por entonces y no puede ser de aplicación ahora.

En cuanto a la modalidad omisiva: colide contra otro de los principios verticales del derecho penal patrio y liberal: a no autoincriminarse; sí es aplicable al caso que se niegue a brindar información sobre el “hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o su suerte” cometido por terceros, aquí no se trata de retroactividad de la ley ya que el individuo está conociendo hoy por lo que rige la ley: Alvarez conoce que están muertos producto de la estrategia que delineó y/o acompasó, según el período de su estadía en el Mando o Presidencia (que ésta última no se está analizando aquí), pero no tiene que autoincriminarse.... .-

“...los ciudadanos, cuya destino se investiga está definido: fueron asesinados y están muertos; ello no coarta el derecho del entorno familiar a continuar la búsqueda de la verdad acerca de las circunstancias y sus restos, pero es ajeno a la hipótesis delictiva que se analiza...”... Colofón ... No se adecuan los hechos.....a la figura de la desaparición forzada, sino a la del homicidio muy especialmente agravado....”.

Hasta aquí el texto parcial de la interlocutoria N° 352 de esta Sala, transcrita in extenso porque, a juicio del Tribunal, tales consideraciones, en lo conceptual, son íntegramente aplicables a la hipótesis que nos ocupa.

En especial, el Tribunal se permite destacar que, tal como está legislado en la legislación patria, además, el delito de desaparición forzada de personas, está incluido en el Capítulo 2, bajo el nomen iuris “Crímenes de lesa humanidad - Actos aislados”.

Esta solución, comprende situaciones que no abarca el Estatuto de Roma, puesto que en éste, se castiga dicha conducta, en tanto y en cuanto constituya crimen de lesa humanidad, y en tal sentido, “...se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque....” (Artículo 7º, ordinal 1º; subrayado del Redactor)...

“...como viene de verse, en el Considerando anterior, el Tribunal ha expuesto la posición que ha sostenido en torno a la vigencia del delito de desaparición forzada de personas, establecido en el artículo 21 de la Ley 18.026.

“...La Sala, por la unanimidad de sus Integrantes, se ha de mantener en la postura antedicha, siendo del caso que, en la autocrítica practicada, se han encontrado otros elementos de juicio que coadyuvan en el mantenimiento del criterio adoptado..”.

En tal sentido, en su voto, el Señor Ministro, Doctor William Corujo expresó en aquella oportunidad que: “...Me remito a lo expuesto en la sentencia N° 352 del 23 de octubre de 2008, con dos puntualizaciones: a) la estructura de los delitos es diferente, y la pena de la desaparición forzada es muy superior a la de privación de libertad; b) no obstante, ser menor que el delito de homicidio muy especialmente agravado, la desaparición forzada es permanente y no obedece la prescripción, a diferencia del delito de homicidio....”.

Por otro lado, como se ha dicho, tanto el Estatuto de Roma, como la Convención Interamericana sobre desaparición forzada, así como la ley patria N° 18.026, son muy posteriores a los hechos de autos: años 1998, 1994 (aprobada ésta en Uruguay por Ley del año 1995) y 2006, respectivamente.

Entonces, pues, para castigar conductas como la de autos, como desaparición forzada de personas, resulta necesario, es preciso dar ingreso o basarse de manera exclusiva en el jus cogens. No hay otra alternativa jurídica.

La consagración expresa del jus cogens aparece en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la que dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Y agrega, en su artículo 64 que, “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”

En virtud de esta disposición, la doctrina ha conceptualizado que el jus cogens alude, se refiere o comprende, aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional, reflejo de valores fundamentales, generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados, con independencia de su voluntad.

Es decir, se trata de principios que: a) pertenecen al derecho internacional general; b) son aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto, como normas que no admiten acuerdo en contrario, es decir, se trata de normas inderogables, siendo sólo modificables por normas de análogo carácter.

Si se tiene en cuenta que el principio del respeto de la dignidad de la persona humana se identifica con el propio fin del ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional, se concluye que el núcleo jurídico sustentador de los derechos fundamentales está constituido o configurado por: a) los que enumera la Constitución, sin taxatividad (artículos 7, 72 y 332), y, b) los que asegura el derecho internacional a través de los principios de jus cogens; y, para ello, es preciso acudir al derecho convencional internacional de derechos humanos, al derecho internacional humanitario y al derecho internacional consuetudinario.

Es, sobre estas bases, más que sintéticamente expuestas, lo que permite considerar que existía, a la época de los hechos criminosos de autos, un sistema de protección de derechos, obligatorio para el Estado uruguayo, independientemente de su consentimiento expreso, porque, según esta postura, se trata de reglas imperativas de derecho internacional.

La conclusión es obvia y es, la que sostiene el Ministerio Público: la prohibición de cometer estos crímenes es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general.

A juicio de la Sala, lo primero a señalar es que, salvo las Defensas que reclaman la absolución de sus patrocinados, ni el Señor Juez de primera instancia ni este Tribunal, postulan otra cosa que la condena de los imputados.

Tampoco se discute la pena, por lo que, así las cosas, aquí el debate se ciñe exclusivamente a una cuestión de calificación delictual.

Ahora bien... guste o no guste, la solución basada en un Derecho internacional, en un derecho sancionador fundado sobre tales supuestos, implica que, para castigar tan crueles crímenes como delitos de desaparición forzada, es preciso renunciar, abdicar de los principios fundamentales que constituyen los cimientos del Derecho interno del Estado liberal.

En irónica vuelta de tuerca del destino, estatuto de excepción para combatir la subversión, soluciones novedosas para castigar a los represores.

Las bases del Estado de Derecho, tal y como nos las enseñaron, deben someterse a una paulatina e incesante demolición de sus principios constitucionales liberales aplicables a la materia penal, de forma viabilizar esta nueva manera de punición.-

No puede haber la menor duda y no la hay, más allá de sesudas exposiciones de empinados internacionalistas que, el ingreso del jus cogens constituye la muerte del principio de legalidad, y, esta muerte, viene acompañada con la partida de defunción del Derecho Penal liberal.

El principio de legalidad penal, comprende una doble garantía: por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa, dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (lex certa); y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley.

La jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que, la única fuente de producción de la ley penal en el sistema patrio, son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal, es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución.

Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo del Estado.

El principio de legalidad es, pues, granítico: nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale: esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista.

No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado, como se ha visto, en el Código Penal.

Resulta arduo a convicciones republicano-democráticas dar ingreso a una suerte de mesianismo judicial, enmarcado en un orden político-institucional en donde los Jueces se constituyen en salvaguarda y custodios de obligaciones internacionales asumidas por el Estado, por encima y a despecho de las posturas de integrantes de otros Poderes del Estado que, bueno es recordarlos, son electos directamente por el pueblo.

Si hoy fuese aceptada una solución como la que se propugna, fundada en el justificado horror que producen hechos que aparecen plenamente probados en estas actuaciones, tal baremo, mañana podría ser extendido a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, o para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado.

Ello implicaría, por lo menos, dos cuestiones: a) la libertad personal quedaría al arbitrio de cualquier interpretación, vista la latitud de los supuestos que informan la costumbre y práctica internacional, con los consiguientes excesos e insospechadas consecuencias en el orden político interno, y, b) impone a los Jueces establecer excepciones a la ley, fundadas en un vago Derecho internacional, olvidando que el primer deber del Juez es la interpretación de la letra de la ley, su exégesis.

Pero, además, en el orden interno, qué Jueces deberían juzgar y castigar tales crímenes sancionados por la costumbre internacional.

El problema no es menor, porque el artículo 235 de la Constitución de la República establece que, a la Suprema Corte de Justicia, de manera originaria, le compete: "...Juzgar sobre delitos contra Derecho de Gentes...".

Enseñaba Arlas que: "...Derecho de gentes es la antigua denominación del Derecho Internacional. Los delitos contra el Derecho de gentes son, pues, los delitos contra el Derecho Internacional..." (Curso..., tomo I, pág. 142 y 143).

Es cierto que el Maestro estimaba que la norma había quedado vacía de contenido al desaparecer determinados artículos del Código Penal patrio (el de 1889), y, en su caso, reclamaba una ley interpretativa.

La cuestión es que, ahora, con la tesis que sostiene el Ministerio Público, a esta norma sí se le asigna contenido, porque como dice la Señora Fiscal, son los principios generales del Derecho Internacional (Derecho de Gentes) los que habilitan el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como delictivos, conforme a tales principios generales, aún cuando dichos ilícitos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional.

La condena por desaparición forzada, sin figura delictiva tipificada por el derecho interno, encuentra su fundamento de castigo en el Derecho internacional, se trata, entonces, de delitos contra el Derecho de gentes, con la consiguiente repercusión sobre la competencia para el juzgamiento.

Así como, señalaba en su voto el Señor Ministro, Doctor William Corujo, que la desaparición forzada no es cosa nueva ni moderna, está tendencia de proclamar la supremacía absoluta del derecho internacional sobre el interno, tampoco es nueva.

Al respecto Jimenez De Asua, ya abordaba esta cuestión, precisamente, al examinar lo actuado en Núrenberg: "...Nos parece muy bien que se muestre prudente en la novísima cantilena de proclamar el Derecho internacional por encima del interno. Bien está, piensa Jescheck, que ese predominio se acepte en cuanto a las relaciones entre Estados; pero, en cuanto concierne al individuo y al Juez, es el Derecho nacional el privativo y el directamente vinculante. La preferencia absoluta de lo internacional requeriría la existencia de órganos realmente supranacionales, y sobre todo el de una jurisdicción no sujeta a ordenamientos locales de especie alguna...." (Tratado..., tomo II, pág. 1285).-

Y, agregaba: "...Si el Derecho internacional penal no puede en el estado presente llegar al relativo progreso que han logrado en lo interno incluso países que no pueden blasonar de alta cultura, es que no se halla todavía en el estado de constituir un verdadero Derecho y será mejor aguardar a otras épocas en que haya conseguido un grado de mayor desarrollo. Sería por demás desmoralizador que un Derecho que se pretende superestatal, fuera de calidades inferiores y de mayor primitivismo que el legislado en los Estados que han de subordinarse a ese Superestado...." (op. cit. pág. 1296)..."

Hasta este punto lo dicho antes de ahora por el Colegiado en relación al crimen de desaparición forzada, a lo cual hay que adicionarle lo que se expondrá a continuación, en mérito al siguiente argumento que expone la Sra. Fiscal.-

El Ministerio Público expresa como fundamento de sus agravios: "...En lo que tiene relación con el sujeto pasivo se registra otra particularidad. Existe una víctima directa a quien en definitiva se priva de su libertad, se conculca su integridad física y se le impide ejercer el derecho a la jurisdicción. Pero a su vez hay otra u otras víctimas indirectas o secundarias que son sus familiares y personas allegadas quienes sufren un proceso angustiante en procura de saber el paradero de la persona querida (Juan Pablo Gallego, La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Ad Hoc. Bs. As. Año 2007. pág. 141)...".-

Agrega a continuación "...Ponía de manifiesto el sacerdote Luis Pérez Aguirre, (integrante en su momento de la COMIPAZ) que: "Sus familiares son forzados a vivir en una penumbra habitada de dudas y fantasías. Se les mantiene en un

estado de crueldad y tortura permanente. Es un caso extremo de maldad (que va más allá de lo imaginable en la situación de los niños desaparecidos) puesto que para los familiares es una angustia suspendida en el tiempo, no pueden ni saben si están vivos o muertos, y en éste caso no pueden ni enterrar a sus muertos que no están y por tanto tampoco pueden elaborar el proceso de duelo (Luis Pérez Aguirre, Consecuencias de la Impunidad sobre la Sociedad en No a la Impunidad si a la Justicia C.I.J. año 1993 pág. 117)... " .-

Por último cita "...el criterio adoptado por la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de la Plata en el reciente fallo condenatorio dictado contra el ex-sacerdote Christian Federico Von Wernich en cuanto a que "...el daño ocasionado a las víctimas es de una magnitud que no permite ser cuantificado. No es posible tarifar el dolor de los tormentos de todo tipo a los que fueron sometidas las víctimas que fueron escuchadas en debate o cuyos testimonios se leyeron en él. O aquél de quienes fueron asesinados y ni siquiera contamos con sus restos, o finalmente el daño a sus familiares, muchos de los cuales pudimos ver y escuchar en el debate. Sometidos la mayoría a interminables peregrinaciones tratando de saber algo de sus seres queridos cuando como hoy se sabe, fueron asesinados mientras a la familia se le decía que estaban más o menos en un viaje de placer..." (fs. 9482 vta)...".-

En concreto la Fiscalía introduce en la figura de la desaparición forzada, una ampliación del sujeto pasivo (los familiares de las víctimas), lo que lleva ínsito que aun definida la suerte de las víctimas (por su homicidio), al existir un segundo sujeto pasivo (los citados familiares), cuya afectación por la conducta delictiva no está resuelta, el delito se estaría consumando en la actualidad a su respecto.-

El Tribunal no tiene el honor de compartir tal argumentación.

Como señala en su voto el Señor Ministro Dr. William Corujo Guardia: "...La desaparición forzada de personas es un término contemporáneo. Su aplicación es antigua. En el siglo XIX, durante el gobierno de los zares se tomaban como prisioneros a los opositores políticos a los que se les adjudicaba un número, nunca más se podría pronunciar su nombre y nada se sabría de ellos, la incertidumbre acerca de su destino y condición pasaba a ser la nota distintiva.-

Hoy se investigan al menos tres casos de desapariciones forzadas durante el gobierno franquista en España.-

El lúgubre decreto de Natch y Nebel del 12 de diciembre de 1941 dictado por Adolfo Hitler (la figura de un hombre que desaparece en la niebla) dio apertura al ciclo más terrible de tortura, discriminación y muerte que hayamos conocido...".-

Ahora bien, en la actualidad bajo las mas moderna legislación nacional e internacional, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada por la Ley 16.724 establece "...CONSIDERANDO que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos..." y agrega en su Artículo II "...Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o

de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes..."

Pasando directamente al Código Penal, su artículo 2do. que integra al art. 21 de la ley 18.026 (Desaparición forzada de personas), que reza "... 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..."-.

Por último, la ley 18.420 del 21 de noviembre de 2008, aprobó la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por las Naciones Unidas. En los primeros artículos de esta Convención se establece que "...Artículo 1 1. Nadie será sometido a una desaparición forzada. 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada.

Artículo 2. A los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad, cometida por 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..."

Pues bien, expuestas las normas que regulan el maleficio es de orden señalar los elementos constitutivos del mismo para la doctrina más moderna y especializada en el tema, a saber: "...A pesar de las diferencias conceptuales que se pueda verificar en las definiciones presentadas por estos instrumentos internacionales, es posible extraer los elementos comunes que, en términos de Camacho permiten "extraer la mecánica del fenómeno y anticipar la magnitud de su gravedad. Dichos elementos que integran el tipo objetivo de la definición-modelo presentada por el artículo II de la Convención se refieren a: la privación de libertad, en cuanto conducta punible, la cual comprende , por supuesto, toda y cualquiera supresión de la libertad, independientemente de la forma que adopte esta privación; de modo general se trata de una privación ilegal de libertad, que en primer momento puede manifestarse como una acción legal del Estado (...); agentes del Estado o personas o grupos de personas con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, como autores; en todos los casos es necesaria la participación del Estado, aunque existe la posibilidad de que el hecho sea cometido por actores no estatales, (...); una o más personas cualquiera, como víctima, es decir, sin ninguna especificidad en lo que se refiere a la posibilidad de ser víctima; y el especial fin de actuar que radica en la falta de información o en la negativa a reconocer la privación o a informar el paradero de la persona , para impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes..." (ALFLEN DA SILVA, Pablo. Desaparición forzada de personas, Brasil - Capítulo II. en Desaparición Forzada de Personas, Análisis comparado e internacional. Coordinador AMBOS, Kai. Bogotá, 2009. Editorial Temis. págs. 47 y 48).-

En igual sentido Malarino expresa que "...El delito de desaparición forzada de personas requiere básicamente - según su concepción actual - que se den los siguientes elementos: la privación ilegítima de la libertad de una persona (primer elemento), efectuada por agentes del Estado o por personas con autorización, apoyo o aquiescencia de este (segundo elemento), seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona (tercer elemento)..." (MALARINO, Ezequiel. Desaparición forzada de personas, Argentina - Capítulo I. en Desaparición Forzada de Personas, Análisis comparado e internacional. Coordinador AMBOS, Kai. Bogotá, 2009. Editorial Temis. pág. 33)

Sobre el punto expresa Langon "...En primer lugar debe considerarse cuál es el bien jurídico objeto de la protección. Como es habitual ante todos los casos de la llamada macro-criminalidad, también aquí, se suele señalar el hecho de que este crimen ataca desde el derecho a la vida de la víctima, pasando por su libertad personal, su integridad física y su salud mental, hasta los más elementales principios del debido proceso legal, provocando dolor a los familiares y demás víctimas secundarias.

En realidad, este tipo de argumentos se podrían hacer extensivos a casi todos los delitos, por cuanto, por ejemplo, en todos los casos de homicidios, al sujeto se le hace sufrir, se le priva de posibilidades jurídicas de amparo y defensa, y revierte el sufrimiento sobre terceros, deudos, familiares, etc.

La diferenciación entre bienes jurídicos individuales y supra-individuales es más bien académica y para facilitar la docencia y comprensión, ya que prácticamente todo delito (si es verdaderamente tal y no una mera elucubración del legislador) vulnera intereses individuales y sociales a la vez, siendo como debe ser una conducta ofensiva de las reglas básicas de la convivencia social que por lo tanto afecta a todos los integrantes del conglomerado social.

Con esta salvedad estimamos en el caso acertada la consideración de que lo que se protege aquí es un bien jurídico supra individual, pues se trata de una conducta que afecta a toda la humanidad, y no solo a la comunidad local involucrada, y menos aún a la persona concernida.

Son conductas que al ofender tan macroscópicamente los bienes individuales (vida, libertad, integridad física, y moral, etc.) se consideran atentatorias contra el mismo género humano, contra la comunidad mundial propiamente dicha, sin dejar por ello de atacar los intereses de cada persona objeto de tales afrentas. En mérito a ello es que opera el principio de universalidad de la ley penal, en el sentido del art. 10.7 C.P. ..." (LANGON, Miguel. Código Penal y Leyes complementarias de la República Oriental del Uruguay. Tomo II De los delitos en Particular. Edición 2010. pág. 42).-

Por su parte Meini "...No debe extrañar que la desaparición forzada de personas (DFP) sea una práctica reiterada y común en situaciones de conflicto. Con ella no solo se logra la desaparición forzada de la persona, con la consiguiente dificultad que ello genera en orden a probar el secuestro, la tortura, las lesiones y/o el homicidio, de los cuales, en su caso, el desaparecido es sujeto pasivo. La DFP permite, además, obtener información mediante interrogatorios o torturas y, sobre todo, generar un clima de zozobra, terror e inseguridad, pues una vez desaparecida la persona, se dificulta la interposición de recursos jurídicos de protección en su favor..." (MEINI, Iván Desaparición forzada de personas, Perú - Capitulo V. en Desaparición Forzada de Personas, Análisis comparado e internacional. Coordinador AMBOS, Kai. Bogotá, 2009. Editorial Temis. pág. 107)

COLOFÓN: Sobre el bien jurídico protegido y el sujeto pasivo el redactor, parafraseando a López Díaz dirá:"... El delito de desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple de numerosos derechos reconocidos, a saber: el derecho a la libertad y seguridad incluso si se trata de una detención legal cuando al detenido no se le informa sobre las razones de su detención y los cargos en su contra; el derecho a ser llevado sin demora ante un juez, de ser juzgado dentro de un plazo razonable y conforme a las formas propias de cada juicio establecidas en la Constitución y en la ley y a interponer los recursos de ley para controlar la legalidad de su privación de libertad; el derecho a la vida, pues la desaparición frecuentemente implica la ejecución de los detenidos en secreto y sin fórmula de juicio, seguida de ocultamiento del cadáver, con objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes la cometieron; la dignidad humana; el reconocimiento de la personalidad jurídica; y el derecho a no ser objeto de tortura ni a otras penas o tratos inhumanos, degradantes y crueles..."

Y agrega más adelante, la misma conclusión a la cual arribó este Tribunal en fallos anteriores, a saber: "...Si la víctima ya no está viva, no puede decirse que el delito se siga consumando porque no hay sujeto pasivo de éste y porque el autor no tiene más el dominio del hecho para mantener privado de la libertad a un ser humano que no existe..." (LOPEZ DIAZ, Claudia. Desaparición forzada de personas, Colombia - Capítulo III. en Desaparición Forzada de Personas, Análisis comparado e internacional. Coordinador AMBOS, Kai. Bogotá, 2009. Editorial Temis. págs. 89 y 98).-

En lo que hace a los familiares, dolientes, deudos, etc., a juicio de la Sala, su situación no encarta la de sujeto pasivo del delito de desaparición forzada, sino por el contrario la de afectados por el maleficio que es cosa diversa, como lo indica la Ley N° 18.026 sobre Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de lesa humanidad en su Artículo 13. (Intervención de la víctima). 13.1. En los casos de los crímenes previstos en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley, el denunciante, la víctima o sus familiares podrán acceder a la totalidad de las actuaciones, proponer pruebas, poner a su disposición las que tengan en su poder y participar de todas las diligencias judiciales. A dichos efectos, constituirán domicilio y serán notificadas de todas las resoluciones que se adopten.

Asimismo, si se hubiese dispuesto el archivo de los antecedentes o si luego de transcurridos sesenta días desde la formulación de la denuncia aún continúa la etapa de instrucción o indagación preliminar, el denunciante, la víctima o sus familiares podrán formular ante el Juez competente petición fundada de reexamen del caso o solicitud de información sobre el estado del trámite...".

Es evidente pues, que la víctima es el sujeto pasivo, mientras que sus familiares son obviamente afectados directos por su situación, cosa que también acontece en muchos otros reatos.-

En referencia al rol dado a los familiares de las víctimas por la Ley 18.026 expresa Bordes: "...El artículo 13 prevé una serie de innovaciones, una de ellas, inaceptable. Entre las primeras, encontramos que ingresa al proceso como una parte más en el mismo, el denunciante, la víctima o sus familiares. Estas personas pueden aportar pruebas y participar en todas las diligencias judiciales. Para ello deben constituir domicilio en el que serán notificadas de todas las resoluciones judiciales.

Véase que son muchas las personas que pueden acceder irrestrictamente al proceso penal. El denunciante puede ser cualquiera e incluso, pueden ser varias personas, no vinculadas directamente con el caso o la víctima. Y los "familiares", no son definidos ni delimitados en la ley por lo que podría ser cualquiera que tuviera un vínculo sea en línea recta o colateral. A diferencia de lo que ocurre en el proceso penal que llamaremos "común", en este especial estas personas podrán pedir una información sobre el estado del trámite si transcurridos 60 días no se ha tomado ninguna resolución, o el reexamen del caso, si fuese archivado, interviniendo entonces un fiscal subrogante..." (BORDES, Gustavo, Breve análisis de la Ley N° 18.026 en Tribuna del Abogado, N° 152, marzo/mayo 2007, pág. 23).-

En definitiva, el Colegiado mantendrá íntegramente su postura sobre el tema visto que los argumentos del Ministerio Público no logran conmovier sus fundamentos.-

VI) En relación al agravio de la Defensa referido a la litispendencia el Colegiado hace suyos los conceptos vertido por el señor Ministro Dr. William Corujo Guardia, a saber: "... No hay litispendencia porque los encausados no fueron absueltos en Argentina sino que están, en su mayoría, siendo requeridos por los Tribunales de ese país..."-.

VII) La Sala no tiene observaciones que formular en cuanto a las alteratorias, salvo que entiende que procede convocar la confesión en vía analógica en el caso de Vázquez, motivo por el cual en dicho aspecto se revocará parcialmente lo resuelto.-

En cuanto a las penas impuestas, si bien el Colegiado las ratificará a la luz de los hechos consumados, resulta imprescindible hacer suyo lo expuesto en su voto el Señor Ministro Dr. Alfredo Gómez Tedeschi: "...con independencia de lo anterior, el Tribunal no puede desconocer la incoherencia de los tratamientos punitivos existente entre esta causa y la IUE-98-247/2006, donde aparecen guarismos realmente muy diversos, no son dos días, sino cinco años, lo que es mucho. Por tanto, no se comparte tal disparidad de tratamiento..."-.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal,

F A L L A:

Confírmase la sentencia de primera instancia, salvo en cuanto no convocó, como correspondía, la atenuante de la confesión analógica en el caso de Vázquez, en cuya parte se revoca y así se dispone.-

Oportunamente devuélvase al juzgado de origen.-