

Montevideo, 6 de Marzo de 2012

VISTOS:

Para resolución estos autos caratulados "CASTRO URES, JULIO, DENUNCIA" IUE 87 289/1985 seguidos con la Dra. Mirta Guianze por el Ministerio Público y las defensas de los Dres. Bernardo Gzech, Emilio Mikolic, Gonzalo Aires Frugone, Pedro Montano, Estela Arab, Florencia Novaretto Rosanna Gavazzo, Graciela Figueredo.

RESULTANDO:

I) Que estos autos se iniciaron en junio de 1985 ante la denuncia del Sr. Julio Castro Ures relativa a la desaparición de su padre. A fs. 7 y sts, 11 y sts, se diligenció prueba. A fs. 39 y sts se diligenció el incidente de contienda de competencia. A fs. 96 y sts se tramitó el incidente de inconstitucionalidad de los artículos 59 y 76 del COTM. A fs. 134 y sts hasta 155, se tramitó el incidente de inconstitucionalidad de la ley 15848 arts. 1 a 4. De fs. 160v a 162 surge el trámite de la ley 15848 el que culminó con la clausura de los autos.

II) A fs. 165 y sts, ya en el año 2010, los autos, desarchivados, muestran el reeditado trámite de la ley 15848 art. 3°.

III) A fs. 233 se dispuso el complemento de la instrucción de la denuncia, al ser considerada ésta fuera de las previsiones de la ley 15848. De fs. 264 y sts surge la agregación de documentación probatoria, fs. 368 y sts, 372 y sts, 400 y sts, 483 y sts, 531 y sts, 602 y sts, 663 y sts, 699 y sts, 817 y sts, 874 y sts, 894 y sts, 899 y sts, 1069 y sts, 1152, 1153, 1154 y sts; surgen agregadas también piezas documentales: testimonio de los autos 2-4332/2005 de la sede de 19° turno, Pieza caratulada "Legajo personal de Luis A. Maurente, Pieza caratulada "Legajo Personal de Antonio A. Garayalde", Pieza que contiene el legajo personal de José Nino Gavazzo Pereira, Pieza testimonial caratulada "Testimonio parcial y desglose de autos ficha 90 258/2011 con dos sobres por cuerda" de la similar de 2° turno.

A fs. 150, 334 y sts, 584, 837, 840 y sts, surgen solicitudes de diligenciamientos probatorios por las partes.

IV) De fs. 388 y sts, 573 y sts, 599 y sts, 635 y sts, 795 y sts, 805 y sts, 813 y sts, 821 y sts, surge el diligenciamiento de prueba testimonial.

V) De fs. 650 y sts, 660, 686, 688 surge el trámite de incidente de recusación (Pieza por separado 87 169/2011 y Piezas 1ª a 5ª.

VI) A fs. 1037 y sts compareció el Ministerio Público manifestando que:

Surge acreditado en autos que el 1 de agosto de 1977 Julio Castro Pérez fue secuestrado por personal del Servicio de Información y Defensa en las proximidades de Rivera y Soca.

Que fue aprehendido por el indagado Juan Ricardo Zabala. Bajo las órdenes de Zabala iban dos soldados. Uno de ellos Julio César Barboza y otro no identificado. Castro fue llevado a la casa de Avda Millán y Loreto Gomensoro, que oficiaba como centro de detención clandestino. Fue muerto allí el 3 de agosto de 1977, probablemente. Días antes, el 14 de julio de 1977, había sido llevado al mismo sitio el periodista brasileño Flavio Tavaréz o Fleitas Tavaréz. Tavaréz había llegado a Montevideo para hacer gestiones para la liberación del periodista Graziano Pascale, enviado por un diario mexicano. Cuando fue detenido tenía en su poder una lista de militares uruguayos, de torturados y muertos por organizaciones antisubversivas y una cassette grabada que le había entregado el Agregado Cultural de la Embajada de México Arroyo Parra. En esa grabación una voz desfigurada leía sentencias de tribunales militares. Tavaréz y Castro fueron sometidos a torturas en esta casona de Millán. A Julio Castro lo torturaron en ese lugar hasta producirle la muerte. Tavaréz fue derivado a la justicia militar y luego liberado.

El SID y el OCOA estaban vinculados funcionalmente.

El Jefe del Departamento III del SID a cargo del que estuvo todo el procedimiento era el entonces Mayor José Nino Gavazzo. Si bien Gavazzo dice haber asumido en forma efectiva el mando del SID a mediados de agosto de 1977 esto fue sólo para eludir su responsabilidad, la que pretendió echar por sobre Rodríguez Buratti, quien notoriamente se quitó la vida en el año 2006.

Gavazzo asumió el mando del SID el 8 de julio de 1977 (legajo fs. 998). Surge lo propio del legajo de Gómez Graña a fs. 940, Walter Miralles fs. 972, fs. 813v.

La Sra fiscal desarrolló los elementos indiciarios que, a su entender, prueban que quien estuvo a cargo o dispuso la detención de Julio Castro fue José Gavazzo. Señaló que Gavazzo también dijo desconocer la existencia de la casona de Millán, lo que no es verosímil, ya que no podía desconocer, como Jefe del SID, que éste operaba usando ese inmueble.

Agregó la fiscalía también que:

El Embajador mexicano Vicente Muñiz y los funcionarios de esa Embajada Gustavo Maza y Cuitláhuac Arroyo también protegieron asilados. Arroyo recibió la cinta grabada de Óscar Lebel y la entregó a Tavaréz. Arroyo, Lebel y Castro eran amigos, se reunían frecuentemente. Lebel era vigilado por el SID, Departamento III. Lebel había grabado el cassette y se lo había dado a Arroyo. Arroyo comentó con Castro el contenido del cassette y se lo hizo escuchar. El

cassette transcribía juicios contra militares que no se habían avenido a los métodos de la dictadura. De la labor de seguimiento a Lebel se derivaron las detenciones de Tavarez y Julio Castro. Gavazzo estuvo al frente de un tramo de la operación de seguimiento de Lebel y participó en la operación que se relacionó con la privación de libertad de Tavarez.

La dictadura informó en forma falsa sobre un viaje de Castro a Argentina. Asimismo el Estado uruguayo no mostró real intención de investigar lo que sucedió con Castro, fs. 1047, 1049.

El régimen dictatorial consideraba a Castro peligroso por su labor a nivel de enseñanza y a nivel periodístico y por su labor de ayuda a los perseguidos, por intermedio de Muñiz y Arroyo Parra desde la Embajada de México.

A fs. 1043 y sts la fiscalía describió la intervención de Juan Ricardo Zabala.

A fs. 1050 y sts describió la violencia que signó la muerte de Julio Castro.

Destacó que la responsabilidad de Gavazzo se inscribe en el criterio de ejecución conjunta, tiene que ver con el designio superior de los mandos, la cooperación institucional mientras se ejecutaban los hechos ilícitos y la cobertura que se aseguraba previamente, a la sombra de la cual operaban los ejecutores inmediatos. En tanto respecto de Zabala dijo que su situación difiere de la de Gavazzo porque estaba en inferior ubicación jerárquica aunque sí ejecutó los actos que tendían a la consecución del designio marcado y fue un destacado operador del SID; dijo que es coautor.

Solicitó la elaboración de testimonio para investigar responsabilidades penales en referencia a las autoridades, en su momento, del Batallón 14.

Se expidió en forma fundada sobre la solicitud de declaración de prescripción hecha por las defensas.

Solicitó, como corolario, el procesamiento y prisión de José Nino Gavazzo y Juan Ricardo Zabala como coautores de un delito de homicidio muy especialmente agravado, la formación de pieza por separado para la instrucción relacionada con enterramientos en el Batallón 14.

El 28 de febrero de 2012 fue convocado el indagado Juan R. Zabala con defensa. La audiencia se pospuso para el día de hoy atento a la solicitud del abogado defensor de llevarse la causa en confianza a los efectos de hacer manifestaciones de descargo.

CONSIDERANDO:

I) SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN ESTE CASO.

A) El despacho cree que la acción no ha prescripto, por los siguientes fundamentos.

1. Los documentos internacionales reconocen los derechos fundamentales del hombre. Así la Declaración Universal de DDHH, AG ONU diciembre de 1948

establece en el art. 3 el reconocimiento del derecho a la vida, libertad y seguridad de su persona; en el art. 5 el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El sistema ONU también registra su Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos. La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, 1968. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Convención sobre los derechos del niño. Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

La Declaración americana de los derechos del hombre establece en su art. 1 el derecho a la vida, libertad y seguridad de su persona. La Convención Interamericana sobre DDHH declara la existencia de los derechos a la vida, integridad personal, libertad, honra y dignidad, entre otros. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Esta enumeración es claramente enunciativa. De ella surge claro que el sistema mundial, el sistema jurídico escrito mundial, declara y protege los derechos fundamentales del hombre.

Una protección especial de estos derechos humanos puede considerarse la que asume la Convención sobre Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, 1968, ley 17347. En la medida en que ella establece la imprescriptibilidad de esas conductas, cualquiera sea la fecha en que se han cometido (art. I) y en la medida en que dispone que los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes de lesa humanidad (art. IV) existe una protección indirecta. Esta protección indirecta se concreta mediante el juego de la prevención general positiva y negativa en tanto de esta forma se enseña claramente a los miembros de la comunidad internacional que no está permitido ni tolerado atentar contra los DDHH y que es contraproducente para los propios intereses hacerlo.

Los Estados que han ratificado esta Convención han aceptado que ella sea retroactiva. Tal como dice la Sra. Fiscal en su dictamen, los Estados pueden comprometerse de esta forma (art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ley 16.173).

En tanto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece también que no se puede invocar una disposición de rango interno para desaplicar un Tratado, art. 27, se sostiene que las normas sobre prescripción del

CPU, art. 117 y sts, no se pueden imponer a las normas de la Convención sobre Imprescriptibilidad.

Sin perjuicio de que también se sostiene que la imprescriptibilidad es, básicamente, una norma de derecho consuetudinario y aun de ius cogens.

Que es necesario indicar en primer lugar lo que sigue. No se puede contar el período dictatorial como útil para la prescripción de la acción por el delito, ya que durante ese período no era posible obtener justicia por un acontecimiento como el que se está juzgando. Conforme con este razonamiento está la jurisprudencia vernácula: TAP 3º S. 106 de 13 de marzo de 2006.

2. Existe una tesis doctrinaria, acompañable, que sostiene que la prescripción en este tipo de delitos corre, pero empieza a correr desde que asume la dirección política nacional un gobierno que sea capaz de perseguir este tipo de delitos cometidos por medio del gobierno y que además tenga voluntad política de no impedir su investigación, juzgamiento y castigo: "TEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL contribuciones de América Latina, Alemania y España" Konrad-Adenauer-Stiftung 2005: "Crímenes Internacionales y Prescripción" José Luis Guzmán Dálbora" pp.112,113. "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008, pp. 153, 154. En esta lógica la prescripción habría comenzado en 2005.

3. Existe una tesis doctrinaria con amplia sanción jurisprudencial que sostiene que en los delitos de lesa humanidad no opera la prescripción. Así lo ha sostenido la relevante doctrina de Eugenio Raúl Zaffaroni: "Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad" en su obra: "En torno a la cuestión penal" B de F. 2005, colección de maestros del Derecho Penal nº 18, p. 253 y sts. Y jurisprudencia argentina en "PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA" Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 71 y sts.

4. Existe una jurisprudencia que sostiene que los delitos de lesa humanidad son tipificables hoy a pesar de no estar escritos en la década de los setenta.

Los juicios de Núremberg y Tokio marcan uno de los ejemplos de juicio basado en tipos penales internacionales consuetudinarios. Porque los tipos penales que se imputaron a los perdedores de la segunda guerra mundial no estaba escritos previamente. Lo cual conllevó una crítica doctrinaria. De todas maneras la doctrina nunca quiso ser vinculada con algún tipo de defensa de los crímenes nacional socialistas.

La aplicación retroactiva de fuentes convencionales, que establecen delitos y

sanciones (genéricas en la mayor parte de los casos) para la persecución penal de crímenes de derecho internacional, por los Tribunales penales internacionales, Tribunal de Nüremberg, Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Corte Especial para Sierra Leona, se ha fundamentado en la existencia de tales crímenes al tiempo de su comisión en la costumbre internacional, considerando así la inexistencia de violación del principio de legalidad, p. 73, "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

Oscar López Goldaracena en "Derecho Internacional y Crímenes contra la humanidad" Serpaj 2006, expone que, en cuanto a la definición de crímenes contra la humanidad del Estatuto de Nüremberg, en el art. 6 se dice que es el asesinato, entre otras conductas, cometido antes o durante la guerra o también las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, que hayan constituido o no una violación del derecho del país donde hayan sido cometidos, hayan sido realizados a continuación de todo crimen que se encuentre bajo la jurisdicción del Tribunal, o en relación con ese crimen, p. 31. La definición del Estatuto de Nüremberg no es taxativa. Se castigan los actos aunque no sean delitos en el ordenamiento interno del gobierno que los lleva delante. Que los parámetros temporales enunciados por el Estatuto de Nüremberg han sido desbordados por la evolución del concepto. Los crímenes de lesa humanidad son tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, p. 33. La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de ONU 1948, afianza la tipificación de crímenes contra la humanidad, tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, p. 53. De igual forma el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, de la Comisión de Derecho Internacional, que independiza el concepto del factor guerra o paz y que incluye la motivación política, p. 33. Agrega el autor que es trascendente para la hipótesis de asimilación de las prácticas represivas de la doctrina de la seguridad nacional al crimen contra la humanidad, que éste se haya independizado de otras figuras delictivas y que pueda cometerse en guerra o paz, y en el marco de gobierno de un régimen tiránico, p. 54.

Ha dicho la doctrina alemana que una violación de la prohibición de la retroactividad es negada, unánimemente, porque ésta no habría de entenderse de modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho. La prohibición de retroactividad del Derecho Penal Internacional se orienta al carácter del Derecho Internacional como un ordenamiento jurídico autónomo. Por ello es suficiente si la acción en

cuestión es punible según los principios no escritos del Derecho Consuetudinario. Por lo general esto es afirmado con el argumento de que los hechos en cuestión, guerra de agresión, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, ya eran punibles en el momento del hecho según la costumbre internacional. De esto se sigue que el autor de tales hechos no podría invocar su confianza protegida, esto es, que él confiaba en que los hechos no eran punibles. Antes bien él hubiera debido saber que su conducta era punible. Una violación de la prohibición de irretroactividad no existe, por tanto, si esta es entendida como una mera norma de protección de confianza, p. 85, Kai Ambos, "La Parte General del Derecho Penal Internacional" Conrad Adenauer, Temis 2005.

Oscar López Goldaracena en la obra citada supra trae a colación jurisprudencia que reconoce la validez de los tipos penales internacionales consuetudinarios cuando se trata de los hechos criminales más graves: Caso Simón, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Argentina, voto del Dr. Boggiano, p. 120: no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el Derecho Internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario. Caso Simón voto del Dr J C. Maqueda, p. 122: que los crímenes del Derecho de Gentes se han modificado en número y en sus características a través de un paulatino proceso de precisión que se ha configurado por decisiones de Tribunales nacionales, Tratados Internacionales, Derecho Consuetudinario, opiniones de los juristas y reconocimiento de un conjunto de normas imperativas para los gobernantes de todas las naciones; aspectos todos ellos que esta Corte no puede desconocer en el estado actual del desarrollo de la comunidad internacional; es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados, un orden normativo formado por Convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional, que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los Estados nacionales, p. 122 123; en este contexto la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, sólo ha significado una manifestación más del proceso de codificación del preexistente Derecho Internacional no contractual, pp. 123 124. Que los delitos contra la humanidad pertenecen al ius cogens, que el ius cogens se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del

asentimiento de las autoridades de estos Estados. Que el *ius cogens* antes castigaba conductas que impedían la buena relación entre los Estados como los atentados contra los embajadores y la piratería pero hoy castiga el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (colaciona doctrina de M. Cherif Bassiouni, Antonio Cassese). Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales sino de los principios del *ius cogens* internacional, que las fuentes del Derecho Internacional imperativo consideran como aberrantes la ejecución de ciertas clases de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos. Que es posible sostener que existía, al momento de la comisión de los actos precisados, un orden normativo, formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional, que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los Estados nacionales para evitar la reiteración de tales actos aberrantes, p. 122 123.

Caso Scilingo, sentencia 16/2005, Madrid, 19 de abril de 2005, Audiencia Nacional, Sala en lo Penal, Sección Tercera, Sumario 19/1997, Juzgado C. Instrucción nº 5: los delitos de lesa humanidad se encontraban ya en el Derecho Internacional Público, en el *ius cogens* internacional, en forma no escrita. Que recibida en el derecho interno la norma internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria "per se" o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos. Que los Tribunales de Nüremberg fueron los primeros en definir, en su Estatuto, los crímenes contra la humanidad. Que con la Resolución de la AG ONU 95 de 11 de diciembre de 1946 se procedió a la confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el régimen jurídico del Tribunal de Nüremberg y por la sentencia de este Tribunal. Los delitos contra la humanidad eran reconocidos como integrantes del Derecho Internacional Consuetudinario, 131, 132, 133. Que esto fue ratificado por la Resolución de la AG ONU 3074 XXVIII, de 3 de diciembre de 1973. Que los Tribunales penales internacionales ad hoc han establecido y aceptado la tesis de que desde el Estatuto de Nüremberg el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal individual por su perpetración no

han sido seriamente discutidos (Tribunal Penal para Yugoslavia). La sentencia española releva que este concepto del art. 6 c) del Tribunal de Nüremberg ha sido aplicado por el Tribunal del Distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Israel en el caso Eichmann en 1961, por los Tribunales de Bangladesh en caso de solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán por actos de genocidio y crímenes contra la humanidad en 1971, por el Tribunal Supremo de los Países Bajos en el asunto "Menten" en 1981, por el Tribunal de Casación de Francia en el caso Barbie, en 1983, por el Tribunal Superior de Justicia de Ontario en el caso "Finta", en 1989, pp. 134, 135. Dijo el Tribunal español también que el principio *nullum crimen sine lege* es un principio de justicia superior, que expresa ante todo un principio de justicia y no puede haber mayor injusticia que hacer interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto; que desde una perspectiva internacional existían en el momento de la producción de los hechos normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas a cabo por la dictadura argentina, aunque ciertamente la tipificación de dichas conductas basadas fundamentalmente en el art. 6 c) del Estatuto de Nüremberg no tuvieran una absoluta precisión en los tipos y la tipificación de la contenida en el Convenio contra el genocidio de 1958 no le fuera absolutamente aplicable. Que sin embargo ya existían suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que esas conductas eran constitutivas de un crimen contra la humanidad e iban no solo contra el Derecho interno sino también contra el Derecho Internacional por lo que, al margen de las posibles consecuencias o responsabilidad internacional del Estado argentino, en virtud del principio de responsabilidad individual, también le era exigible a sus autores y partícipes responsabilidad penal internacional por ese tipo de conductas, pp. 136 a 139. Que no se puede negar el respeto al principio de legalidad, al menos en su manifestación de garantía criminal, a no ser que se haga una interpretación falsa y desviada de dicho principio, p. 139, "Derecho Internacional y Crímenes contra la humanidad" Serpaj 2006.

Sobre este mismo punto, p. 83 "Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

5. Y existe una jurisprudencia que ampara la tesis de la imprescriptibilidad de los delitos del tenor de los que se denuncian.

Caso Simón, fundamento de voto del Ministro Dr. Raúl E. Zaffaroni, sentencia de la Corte Suprema de la Nación, Argentina, 14 de junio de 2005, S. 1767. XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de libertad, etc. Causa N° 17768. El Dr. Zaffaroni se basó en el criterio de aplicación obligada sostenido por la Corte Interamericana de DDHH sobre la inaceptabilidad de

obstáculos para la investigación y castigo de los delitos de lesa humanidad, p. 124, 125. Igual el voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti en la misma sentencia, misma causa, p. 125, 126, "Derecho Internacional y Crímenes contra la humanidad" Serpaj 2006.

En este mismo fallo se sostuvo que los crímenes que aquí se juzgan, en virtud de tratarse de crímenes contra la humanidad, no están sujetos a plazos de prescripción (imprescriptibilidad) y, por lo tanto, no resulta aplicable al caso lo dispuesto en el art. 62 del CP. El Derecho Penal Internacional, a través de normas imperativas, establece (y ya lo hacía a la fecha de comisión de los hechos) que los crímenes contra la humanidad no prescriben, esto es, la acción penal no se extingue. Y ello es así con independencia de la voluntad de los Estados individuales y con independencia de la naturaleza nacional o supranacional del Tribunal que tome intervención. El recurso a la ley doméstica de un Estado sólo es válido, cuando se juzgan delitos contra la humanidad, en la medida en que dicha ley sea compatible con las normas imperativas que rigen la cuestión. No es lícito aplicar disposiciones nacionales sobre prescripción: auto de procesamiento de 2 de abril del Juzgado Federal 4 de la Capital Federal causa 8686/2000, p. 41 "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

En el caso Schwammberger, solicitud de extradición de un militar nazi, el Juez argentino Schiffrin sostuvo que los hechos imputados son crímenes contra la humanidad y por ende imprescriptibles, p. 72 "Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España" Max Planck Konrad Adenauer 2003.

En el asunto Priebke se trató de otro caso de extradición de un militar nazi. La Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina calificó los hechos como crímenes internacionales y concedió la extradición, p. 72, 73, "Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España" Max Planck Konrad Adenauer 2003.

En el caso Poblete se calificó las conductas como crímenes contra la humanidad y se declaró que el Estado argentino no puede eludir su deber de persecución y castigo, p. 73, 74, ob. cit. supra.

En el caso Bohne la Suprema Corte de Justicia de la Nación rechazó la defensa de prescripción en otro caso de extradición pasiva, referida a un militar nazi, p. 32, 33, "Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

En el caso "Arancibia Clavel, 2004, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional. Esta vez en relación no a un caso de extradición sino a un caso estrictamente penal,

p. 23 "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

La jurisprudencia argentina subsume los hechos en los tipos penales nacionales y luego califica los hechos como crímenes contra la humanidad, para a continuación declarar la imprescriptibilidad, p. 24, "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008. La jurisprudencia actualmente dominante afirma que la norma consuetudinaria que establece la imprescriptibilidad ya estaba vigente en el momento de comisión de los hechos respecto de los cuales tal regla es aplicada. La jurisprudencia mayoritaria entiende que el art. 118 CN recepta en el plano constitucional las normas consuetudinarias referidas a los delitos contra el derecho de gentes, entre ellas la que consagra la imprescriptibilidad. Esta recepción constitucional implicaría un aval para el uso de una fuente que no puede cumplir todas las exigencias que el art. 18 de la CN establece para la legislación penal. Se ha dicho que el art. 18 es directamente inaplicable en el momento de juzgar delitos contra el derecho de gentes dado que las condiciones de punibilidad deben regirse por lo que disponga el CPI, ámbito en el cual el principio de legalidad tiene un alcance propio y diferente del nacional, 31. Otras posiciones matizadas también desembocan en el resultado de la punición de estas conductas. La jurisprudencia mayoritaria ancla en la imprescriptibilidad basada en el Derecho Penal Internacional, p. 31, 32. Los fallos usan la categoría consuetudinaria de crímenes contra la humanidad como un presupuesto de aplicación de la norma consuetudinaria que consagra la imprescriptibilidad, p. 33, 34. La semejanza de un tipo penal nacional con uno internacional, o la conexión entre uno y otro, bastara para que la jurisprudencia argentina argumente la imprescriptibilidad de la conducta. Otras veces simplemente se constata que los hechos imputados son delitos de lesa humanidad a la luz del Derecho Internacional, a continuación se concluye la imprescriptibilidad, pp. 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

Releva Pablo Parenti que la jurisprudencia argentina ha fundado también la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, ONU 1968. Que el principal argumento para aplicar la Convención a hechos anteriores a su ratificación se apoya también en la costumbre internacional. Que estos argumentos pueden verse en los votos de Zaffaroni y Highton de Nolasco en los fallos de Arancibia Clavel y Simón. El Juez Zaffaroni también usó el argumento de los juicios de Núremberg, en su

voto del caso Simón. Que el considerando 26 del voto común de los Jueces Zaffaroni y Highton en Arancibia Clavel releva que la existencia previa de la regla de imprescriptibilidad en la costumbre internacional despeja cualquier cuestionamiento basado en la prohibición de retroactividad, pp. 43, 44. En el mismo caso el Juez Boggiano sostuvo que la Convención sobre Imprescriptibilidad debía aplicarse en forma retroactiva, se basó en la costumbre inmemorial, pp. 44, 45. Que la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad también fue defendida por la Juez Argibay en el caso Simón, sostuvo que la retroactividad era material, no ya tan solo formal (como decía Boggiano) y no usa nunca el argumento de la costumbre internacional, p. 45. Argibay dijo que la aplicación retroactiva de la Convención no produce ninguno de los males que el principio de legalidad pretende evitar, dijo que la ratificación de la Convención de Imprescriptibilidad en 1995 no puede tomarse como una manipulación del derecho que afecte su imparcialidad al instaurar una persecución selectiva o discriminatoria pues la Convención se encontraba aprobada por la Asamblea General de la ONU desde 1968 y en cualquier momento que hubiese sido ratificada por Argentina, antes o después de la comisión de los hechos de esta causa, el efecto hubiera sido el mismo, el de implantar la imprescriptibilidad retroactiva y prospectiva para los delitos de lesa humanidad cometidos en territorio argentino, por tanto al ser indiferente el momento de su ratificación, no puede alegarse manipulación alguna por el hecho de habérsela llevado a cabo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa, también dice que el fundamento político del principio de legalidad se observa en el caso dado que el Congreso intervino tanto en la aprobación de la Convención como en el otorgamiento de la jerarquía constitucional y alegó que no se viola el principio de culpabilidad dado que no se altera el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan, ni hay frustración de la confianza en el derecho que cabe asegurar a todo ciudadano fiel a las normas porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor del delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía de carácter constitucional, considerando 16 del voto de Argibay, pp. 45, 46. Releva Parenti que la jurisprudencia argentina ha utilizado el argumento de la Convención IDDDH como argumento de imprescriptibilidad a partir del caso Barrios Altos, en que la Corte Interamericana de DDHH sostuvo que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de DDHH. Los votos de los jueces Maqueda, Highton, Lorenzetti, Zaffaroni en el caso Simón se basan en la Convención IDDDH. Se dice que la aplicación de

normas de prescripción constituiría una violación del deber de perseguir y comprometería la responsabilidad internacional del Estado. En el voto del Juez Petracchi la Convención IDDDH se vuelve el argumento principal para sostener la inaplicabilidad de las reglas de prescripción del art. 62 del CPA. Petracchi utiliza a la Convención IDDDH como argumento para aplicar retroactivamente la Convención sobre la Imprescriptibilidad, pp 46, 47. En el caso Priebke, Petracchi había rechazado la imprescriptibilidad consagrada en el derecho de gentes dado que los delitos definidos en ese ámbito no tenían una pena prevista en tal derecho, vacío que no podía llenarse mediante la remisión a las penas de los delitos ordinarios, que no era posible combinar ambas categorías, esto es, los del Derecho de Gentes con la legislación nacional; por otro lado Petracchi había rechazado la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad a los delitos afines con las figuras del Derecho de Gentes, por entender que operaba la prohibición de retroactividad, p. 47. Que en Arancibia Clavel y Simón, Petracchi argumentó que el rechazo a la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad sostenido en el caso Priebke, a la luz de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDDDH, ya no podía ser mantenido, frente al Derecho Internacional, pp. 47, 48. Petracchi resolvió al final que las reglas de prescripción previstas en el CPA quedaban desplazadas por la Convención sobre Imprescriptibilidad: considerandos 24 y 30 de los votos de este Juez en los casos Arancibia Clavel y Simón, p. 48. La jurisprudencia posterior de la Corte IDDDH le ha dado la razón a Petracchi al dejar establecido que las obligaciones que emanan de los arts 1.1, 8 y 25 de la Convención IDDDH impiden aplicar reglas sobre prescripción también a casos cometidos antes de la ratificación de la Convención IDDDH por el Estado, consideró obligatoria la aplicación interna de la norma de ius cogens que establece la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad: por ejemplo sentencia de 26 de setiembre en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. La Corte IDDDH ha establecido la obligación de aplicar el Derecho Penal Internacional al menos las normas imperativas de ius cogens, como parte del deber de investigar y sancionar que surge de la Convención IDDDH. Y ha dicho que ese deber se aplica con relación a los hechos ocurridos antes de la ratificación de la Convención IDDDH por el Estado de que se trate, p. 48. El Juez Petracchi sostuvo en el caso Simón que la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de irretroactividad de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves de derechos humanos, afirmó que la Convención IDDDH tiene rango constitucional, que está en juego la responsabilidad internacional del Estado, pp 48, 49 "Jurisprudencia

latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

En Bolivia, en el caso Trujillo, la prescriptibilidad se eludió declarando que los delitos imputados son delitos permanentes, p. 105, 106, ob cit. supra. Y p. 86, 87 "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

En 1983 Bolivia entregó en extradición, a Francia, a Klaus Barbie, otrora jefe alemán de la Gestapo en Lyon. La Corte de Casación de Francia declaró el carácter de imprescriptible de los crímenes que se le imputaban, por sentencia de 1985, p. 82, "Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

En Chile, la sentencia que denegó la extradición del militar nazi Walther Rauff (Corte Suprema, abril de 1963) en base a que los delitos habían prescrito conforme la legislación del Estado requerido, causó un escándalo, a la instancia judicial se la calificó de rutinaria y burocrática, se le reprochó haber echado mano a la prescripción en un caso de genocidio, p. 168, 189, "Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España" Max Planck Konrad Adenauer 2003.

La jurisprudencia chilena ha tomado dos caminos. Uno es el de entender que mientras no se sepa si el secuestrado recuperó la libertad o perdió la vida, el hecho criminal sigue en curso de consumación. P. e. fallo de casación de la Corte Suprema de 30 de mayo de 2006 (caso de Diana Arón), fallos de 19/11/1993, 26/10/1995, 9/9/1998 p. 152. La permanencia del delito determina la vigencia de la acción penal. Otro es entender que conforme el Derecho Internacional el secuestro es crimen de Derecho Internacional y por tanto imprescriptible a causa de la norma imperativa general, Corte de Apelaciones de Santiago, 6/7/2005 y 20/4/2006; Corte Suprema de Justicia, fallo de 13/12/2006, donde dijo que si bien el país no ha ratificado las Convenciones correspondientes, tampoco ha sido un objetor pertinaz de la imprescriptibilidad como costumbre de los Estados contemporáneos, pp. 152, 153.

En México, la Suprema Corte de Justicia, en el proceso de extradición pasiva de Ricardo Miguel Cavalo, relevó la prescripción de uno de los delitos por los que se pedía, tortura. Pero la decisión no era tan difícil para el órgano jurisdiccional porque encontraba al mismo tiempo mérito para la extradición por genocidio y terrorismo: "Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, 2007, p. 397 a 403. La Corte Suprema de Justicia de México ha establecido, en relación a los crímenes internacionales, que o bien

son delitos permanentes o continuados, o bien se trata la cuestión de la prohibición de retroactividad consagrada por la CPEUM, o bien se hace referencia a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, pp. 248, 249, "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

En Perú durante los últimos años las decisiones de los Tribunales se caracterizan por aplicar la categoría de los delitos del Derecho Penal Internacional, delitos que en su mayoría se cometieron dentro del contexto del conflicto interno que sufrió el país desde 1980 a mediados de los noventa. Estas decisiones reconocieron un núcleo inderogable de derechos que han sido materializados a través de los distintos Tratados Internacionales de los que el Perú forma parte, p. 271. La Sala Penal Nacional en expediente 36 05 F de 25/11/2005, en el cual Roberto Contreras, inculpado por la matanza de Accomarca, apeló un auto de excepción de prescripción que la Sala declaró infundada, se pronuncia citando diversas sentencias del Tribunal Constitucional, como la de Barrios Altos. Señala que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier otro obstáculo de derecho interno para la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los DDHH, 295, 296. El Tribunal Constitucional en expediente 2488 2002 HC TC, en el caso Villegas Namuche, declara que la ejecución extrajudicial, las desapariciones forzadas, la tortura, son hechos crueles y atroces y son graves violaciones a los derechos humanos por lo que no pueden quedar impunes, p. 296. El Tercer Juzgado Penal Supraprovincial, expediente 039 05, en el caso Accomarca, dijo que en el Derecho Penal Internacional el delito de asesinato viene a ser de lesa humanidad, repudiado por toda la comunidad internacional e imprescriptible por ello, sin que importe el transcurso del tiempo, así como los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hubiesen cometido, que el principio de imprescriptibilidad existe por sí mismo y su existencia no depende de que haya sido reconocida en la Constitución, si se atiende a que éste resulta ser un principio del ius cogens y lo que hace la Convención es sólo reafirmar y ratificar el citado principio de imprescriptibilidad en materia de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Que se busca evitar la impunidad en este tipo de delitos, p. 296, "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

En Paraguay, en el marco de la causa de Napoleón Ortigoza, la Suprema Corte declaró que la tortura es un delito imprescriptible. Cuando ocurrieron los hechos de los que fue víctima Ortigoza el delito de tortura no se hallaba aun tipificado en el derecho interno y, consecuentemente, tampoco existían disposiciones que establecieran su imprescriptibilidad, pp. 262, 263. Dijo la Suprema Corte que en la época en que Ortigoza fue sometido a torturas regía la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de la cual Paraguay es adherente, esta declaración dice en su art. 5 que nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Que de acuerdo con el art. 1 de la Convención de ONU sobre Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, 1968, éstos no están sometidos a lapsos de prescripción; entre ellos se incluye la tortura, p. 263. En el caso Pastor Coronel, los Tribunales de instancia no hicieron lugar a la excepción de prescripción basados en argumentos de derecho interno, en tanto la Suprema Corte argumentó que la conducta era imprescriptible en base al Derecho Internacional, en base a los principios de Derecho Internacional que la Constitución admite, en base a la protección de los derechos humanos. Usó del argumento de la Convención sobre Imprescriptibilidad, ONU 1968, Primer Convenio de Ginebra de 12/8/1949 art. 50: la tortura, como crimen de lesa humanidad, era imprescriptible, pp. 265, 266, "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

En Uruguay, en el caso Barrios, la jurisprudencia imputó en el auto de procesamiento el delito de privación de libertad en virtud de su rendimiento como delito permanente, a los efectos de precaver resistencias que argumentaran la prescripción, p. 310, 321, 322. En el caso Gavazzo y otros, extradición pasiva, la jurisprudencia ha abordado el tema de la prescripción concluyendo que corresponde acceder a la extradición solicitada, y concluye que se trata de delitos de lesa humanidad, p. 311, 318. En resolución de 17 de diciembre de 2007 la sede penal de 19º turno inició proceso sumario por desaparición forzada, crimen internacional, de lesa humanidad, respecto del cual no es arduo argumentar la imprescriptibilidad, p. 323. En el caso Bordaberry, fallado por la sede penal de 7º turno, la argumentación del despacho parece concluir que los delitos de lesa humanidad no son prescriptibles; el delito de atentado contra la Constitución no es delito de lesa humanidad y ha prescrito, pp 326, 327. En la sentencia de la sede penal de 1er turno sobre extradición pasiva se acoge el fundamento del delito permanente para sostener que no ha operado la prescripción, el argumento de que la

prescripción no empieza a correr mientras gobierna una fuerza que no tiene interés o voluntad de juzgar los crímenes, p. 327, 328, 329, 330, "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

En Venezuela, en el caso referido al "Caracazo", se admitió el cierre de la causa referida a un militar acusado de la muerte de una persona, en virtud de prescripción. Un voto salvado, de la magistrado Carmen Zuleta recordó que la Corte IDH había obligado al Estado venezolano a investigar, identificar a los responsables y sancionarlos y que no debía existir ningún impedimento para la investigación y sanción, como ser la prescripción; adujo la ratificación de la Convención Americana sobre Desaparición forzada de personas, pp. 348, 349, 350, 351, "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

La Corte IDH ha establecido en el caso Almonacid Arellano que la prescripción no puede oponerse a la investigación y juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, p. 376, 377. Y en el caso Barrios Altos, p. 381. Y en caso Myrna Mack contra Guatemala, p. 405. Tratándose de crímenes de lesa humanidad la jurisprudencia de la Corte IDH ha seguido los lineamientos de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, los postulados del Derecho Penal Internacional; cuando el motivo de la impunidad ha sido la prescripción, el sistema interamericano rechaza de plano cualquier tipo de disposición de prescripción o cualquier mecanismo que obstaculice la investigación y sanción, 392, 393. Como uno de los postulados de la etapa jurisdiccional actual es la lucha contra la impunidad, el Derecho Internacional de los DDHH se acerca al Derecho Penal Internacional y viceversa, 394, 447. Tanto el Estado como sus agentes son destinatarios directos de las normas del Derecho Internacional contemporáneo, 394, "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

Más generalmente, la doctrina ha relevado que una de las características de la jurisprudencia latinoamericana en relación a los crímenes de lesa humanidad es que no admite disposiciones o soluciones de prescripción, p. 443, "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

En el caso de Priebke la jurisprudencia italiana terminó concluyendo en la imprescriptibilidad de las imputaciones que se hacían, p. 465, "Jurisprudencia

latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008.

B) El despacho entiende que procede desestimar la pretensión de las defensas en punto a la prescripción de la acción, pues.

Amén de los argumentos expuestos supra cabe añadir que el Poder Ejecutivo ha dispuesto por Resolución 322 de 30 de junio de 2011 dejar sin efecto las resoluciones administrativas que impedían las instrucciones judiciales en virtud de lo establecido por la ley 15848/1986.

Y la ley 18831/2011 ha establecido en el art. 1º que se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos por el art. 1º de la ley 15848/1986. Por el art. 2º esta ley dice que no se computará plazo alguno de prescripción o caducidad en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a los que se refiere el art. 1º. Por el art. 3º esta ley declara que los delitos a que se refieren los arts anteriores son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los Tratados Internacionales de los que la República es parte.

II) SOBRE EL PEDIDO DE PROCESAMIENTO DE JOSÉ NINO GAVAZZO PEREIRA.

A) PRUEBA QUE RELEVA LA PARTE ACTORA AL MOMENTO DE PEDIR LA RESPONSABILIDAD DE JOSÉ GAVAZZO.

A fs. 1041 dijo la pretensora que Gavazzo era el Jefe del Departamento III del SID al momento en que fue secuestrado Julio Castro. Que del legajo funcional de Gavazzo surge claramente la fecha en que inició su labor de Jefe del Departamento III. Que la afirmación de Gavazzo de que fue designado Jefe del Depto III en julio de 1977 y asumió en agosto es no creíble porque un Jefe designado debe asumir su función en la fecha indicada y el saliente no puede seguir ocupando el cargo.

B) SOBRE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS QUE OBRAN EN AUTOS EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DE JOSÉ GAVAZZO.

A fs. 988 surge que José Gavazzo ingresó al SID como Jefe del Depto III el 16 de julio de 1974 al 30 de noviembre de 1974. Esto indica que Gavazzo ya conocía el SID y que no era necesario ni lógico que Rodríguez Buratti se prolongara de hecho como jefe más de un mes después de haber sido desplazado de dicha dirección.

A fs. 994 surge que Gavazzo tuvo otro período en el Departamento III del SID, desde el 1 de diciembre de 1975 hasta el 30 de noviembre de 1976. Esto también es argumento en contra del aplazamiento de Gavazzo en el desempeño efectivo de sus funciones de Jefe del Depto III del SID.

José Gavazzo tuvo otro período en el SID, en el Depto III, desde 1 de diciembre

de 1976 a 30 de enero de 1977, fs. 998.

Tuvo otro período de trabajo en el SID, Depto III, desde 1 de febrero de 1977 a 7 de julio de 1977, fs. 998.

José Gavazzo comandó un operativo contra unas personas que habían sido trasladadas desde Buenos Aires, pero no se indica la fecha de ese operativo, fs. 7v.

J. C. Barboza pidió la baja a José Gavazzo, como Jefe del Depto III del SID, pero esto fue obviamente después de la privación de libertad de Castro, fs. 8.

A fs. 11v J C Barboza dijo que el Jefe del Depto III del SID en el momento de la detención de la persona en Rivera y Soca era José Gavazzo. Afirma Barboza que nada de lo que se hiciera allí era sin su conocimiento.

Gavazzo participó en "Orletti", fs. 236, 237, 238, 239, 240, 241 y en el SID en actividades ilícitas enmarcadas en el funcionamiento del aparato criminal estatal organizado de poder, por lo que el indicio de personalidad le indica como capaz de disponer la detención de Julio Castro para ulteriores torturas. El SID, la OCOA, el "300 Carlos", el inmueble de Bvar Artigas y Palmar, el inmueble de Punta Gorda, el inmueble de Millán y Loreto Gomensoro y la argentina "Automotora Orletti" estaban funcionalmente relacionados, fs. 241, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 253, 574, 575, 576, 809, 813v, 805v, 809.

Surge que la casa de Millán y Loreto Gomenso era utilizada para la detención y tortura en enero de 1978, fs. 393,

A fs. 574 se le preguntó a J C Barboza a la fecha de la privación de libertad de Julio Castro quiénes eran las autoridades e integrantes del Depto III del SID y dijo que el Jefe era Rodríguez Buratti, y luego enumeró a José Gavazzo, Cordera, Miralles, Baudean, Lamy, Arab, Casas o La Casa, Sazón, Zabala, Medina, Sande, Matto.

A fs. 813v Miralles dijo que su Jefe en el SID era Rodríguez Buratti en tanto también dijo que el encargado de las operaciones era Gavazzo. Miralles ingresó al SID el 1 de diciembre de 1977 y egresó el el 30 de noviembre de 1978. Cuando Miralles entró al SID Rodríguez Buratti ya no mandaba allí. El propio Gavazzo lo dice. Por lo tanto los aportes de Miralles no son muy creíbles, en el mejor de los casos su memoria le falla.

A fs. 636 dijo Baudean que el Jefe de operaciones era Rodríguez Buratti y que Gavazzo lo reemplazó cuando volvió de China. Baudean ingresó al SID en enero de 1977 y egresó en diciembre del mismo año. Gavazzo ya había vuelto de China a mayo de 1977 (fs. 999) por lo que lo que dice el testigo se ajusta a los datos que están documentados en autos. No obstante de lo que dice Baudean no puede extraerse que al 1 de agosto de 1977 Gavazzo mandaba efectivamente en el SID y en exclusividad, ni que Rodríguez Buratti no pudiera haber

ordenado la detención de Julio Castro.

A fs. 639 Lacasa Antelo dijo que cuando él llegó al SID el Jefe del Depto era Rodríguez Buratti y que estaba el Mayor Gavazzo. Dijo que ingresó al SID en el año 1977. A fs. 901 surge que en mayo, junio, julio, Gavazzo calificó a Lacasa. Rodríguez Buratti lo calificó hasta mayo de 1977. Lo cual no impide decir que sea posible que Rodríguez Buratti haya ordenado la detención de Julio Castro. Tampoco impide decir que Gavazzo posiblemente haya dado la orden.

A fs. 805 Sande (legajo a fs. 745 y sts) dijo que cuando él llegó al SID el Jefe era Rodríguez Buratti, luego Gavazzo hasta el final, hasta que lo detuvieron y lo mandaron a la Brigada de origen. A fs. 806 se le preguntó a Sande quién lo mandaba a la Cárcel Central para entrevistarse con Tavarez a lo que respondió que pudo ser Gavazzo, Lamy o cualquiera de sus superiores. A fs. 806v dijo que los Jefes de los operativos eran Gavazzo, Lamy, Boudean, Lacasa, Miralles.

De su aporte no surge que no pudiera Rodríguez Buratti haber ordenado la detención de Julio Castro.

A fs. 808 dijo Medina (legajo personal a fs. 699 y sts) que los Jefes de Depto que tuvo fueron Octavio González, Rodríguez Buratti y luego Gavazzo.

A fs. 822 dijo Gavazzo que en agosto de 1977 era Tte Coronel y era Jefe del Dpto III del SID. A fs. 822v dijo desconocer la existencia de la casa de Millán.

A fs. 823 dijo que el 21 de julio de 1977 estaba relevando al Director del Servicio. A fs. 824 dijo que fue designado Jefe del Depto III del SID el 8 de julio de 1977 y efectuó el relevo con su antecesor hasta mediados de agosto, cuando sí quedó en ejercicio efectivo de la función de Jefe.

A fs. 1020 J C Barboza dijo que cuando entró al SID estaba de Jefe Octavio González, que luego vino Juan Antonio Rodríguez Buratti, que estuvo un tiempo a la orden del Cap R. Medina, que eventualmente cualquiera que quisiera hacer algo daba órdenes como Rodríguez Buratti, Gavazzo, Sasón.

Esto habilita a pensar que Rodríguez Buratti pudo disponer la detención de Castro.

A fs. 1020v dijo Barboza que cuando se hizo la detención de Castro era una mañana de sábado, que entró el oficial Zabala al escritorio del que estaba en la misma planta (que no sabe si era Gavazzo o Miralles) que cuando salió dijo en voz alta "me llevo a Barboza" y que le dijo que fuera con él. Que como siempre no se preguntaba qué iban a hacer y salieron.

A fs. 940 José Gavazzo aparece informando la actuación de Alberto Gómez en julio de 1977. Este detalle no impide concebir que Rodríguez Buratti haya ordenado la detención de Julio Castro. Es no obstante un indicio de que Gavazzo, a julio de 1977, ya tenía, efectivamente, muchos atributos del Jefe en el SID.

A fs. 972 José Gavazzo aparece informando la actuación de Walter Miralles ya

en marzo, junio y julio de 1977. Miralles ingresó al SID el 3 de febrero de 1977 y egresó el 30 de noviembre de 1977, fs. 970. Si en marzo de 1977 Gavazzo informaba la actuación de oficiales del SID, si en marzo de 1977 nadie sostiene que Gavazzo mandara en el Depto III del SID, entonces el informe sobre la actuación de los oficiales no es indicador inequívoco de posesión del más alto grado de mando, ni formal ni de hecho. Por lo tanto la orden para la detención de Julio Castro pudo darla Rodríguez Buratti el 1 de agosto de 1977 aunque para tal fecha Gavazzo ostentara indicadores de mando como informar sobre la calificación de oficiales del SID.

De las declaraciones de Zabala surge que quien habría dado la orden de detener a Castro habría sido Rodríguez Buratti, fs. 831v.

De fs. 981, 983, 985, 989, 990, 992, 993, 995, 997 surge que desde los albores de la década del 70 Gavazzo estaba interiorizado de los detalles de la guerra contra la sedición lo que le da capacidad para dirigir el SID. De fs. 992, 994 surge que ya en 1975 José Gavazzo conoce en forma detallada la estructura y necesidades del SID. A fs. 999 Gavazzo aparece como una buena pieza en el funcionamiento de lo que se denomina el "Sistema Cóndor" lo que es indicador de capacidad moral para disponer de la libertad de Julio Castro y capacidad para dirigir el SID. A fs. 1013 se agrega información sobre el tema de Tavarez, en el cual participó o tuvo conocimiento Gavazzo. Es que José Gavazzo estaba muy cerca de las operaciones todas que se hicieran por el SID y tenía conocimiento de ellas. Ahora, esto no excluye totalmente la posibilidad de que la detención de Julio Castro se hiciera sin conocimiento de Gavazzo. Porque estando Rodríguez Buratti allí, éste podía recibir directamente la orden desde la cúpula o desde un superior ajeno al SID y mandarla cumplir sin consulta del indagado.

A fs. 1043v el Ministerio Público destaca que no es verosímil que Rodríguez Buratti esperara solo en la entrada de la finca de Millán, a Castro, cual si fuera una visita, y que para esa fecha el Jefe no era Rodríguez Buratti sino Gavazzo.

C) CONCLUSIONES DEL DESPACHO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE JOSÉ GAVAZZO EN LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD, TORTURA Y MUERTE DE JULIO CASTRO PÉREZ.

Cree el despacho que no existe prueba suficiente para iniciar proceso sumarial a José Gavazzo por el suceso referido a Julio Castro Pérez.

Gavazzo estuvo vinculado al SID en varios lapsos, desde 1976 a 1978. Tuvo en cada oportunidad responsabilidades correlativas con la jerarquía de mando medio, fs. 233 del legajo personal, agregado como documentación. Tuvo a su cargo muchas veces, antes de comandar efectivamente el Depto III, el informe sobre la actuación de los subordinados. Pero es posible que haya tenido el mando exclusivo solamente a partir de mediados de agosto, una vez que

Rodríguez Buratti se retirara efectivamente del Servicio de Información y Defensa. Esto va contra la lógica formal: si soy designado titular en un servicio, lo comando ya desde ese momento. Pero en lo sustancial pudo haber existido un interregno de preparación del nuevo Jefe por la labor "docente" del que se está retirando. Claro que puede tratarse de una maniobra para encubrir la responsabilidad de José Gavazzo como Jefe, como mandante de la detención de Julio Castro. En este encubrimiento participaría, por definición, Juan Ricardo Zabala. Pero instalada la duda ésta debe jugar a favor del indagado.

Gavazzo ya conocía el SID por estancias anteriores a julio de 1977. Pero es posible que se hubiera dispuesto que Gavazzo transitara un período de reaprendizaje en relación con nuevos desafíos que se presentaran a la labor del Servicio. No puede descartarse en base a los elementos de autos.

Barzoba dijo a fs. 11v que nada pasaba en el SID que no consintiera Gavazzo. Pero Barboza no puede asegurar con quién habló Zabala antes de ser convocado a la operación de detención de Castro.

El indicio de personalidad de Gavazzo, de capacidad moral de disponer de la libertad y más, de los enemigos, no permite concluir que en el caso concreto de Castro hubiera realizado esa disposición.

Si bien José Gavazzo estaba interiorizado de la lucha contra la sedición, había estudiado mucho sobre el tema y había expuesto esos conocimientos en eventos castrenses, es posible que necesitara un lapso de interiorización, con actualización, de las realidades operativas del Depto III, antes de asumir el mando de las operaciones. Esta posibilidad no puede, lógicamente, ser eliminada por el despacho.

Gavazzo miente al decir que desconocía la existencia de la casa de Millán y Loreto Gomensoro, que la conoció recientemente por datos de prensa. A mediados de agosto de 1977, a más tardar, Gavazzo comenzó a comandar en exclusiva el SID, Depto III, y surge que para ello se valió de la casa de Millán. Pero esta mendacidad puede deberse a la voluntad de ocultamiento de la estructura del aparato organizado criminal de poder y de los sujetos que fueron sus engranajes culpables. No necesariamente debe concluirse que obedece a la voluntad de ocultar su concreta (dubitada) orden de detención y apremios de Julio Castro.

A fs. 573 dijo J C Barboza que Zabala entró al escritorio de alguien, cree que de Miralles, y al salir dijo en voz alta "me llevo a Barboza" para luego decirle que viniera con él. De modo que quien aparece como reuniéndose con Zabala antes del inicio del operativo no es Gavazzo sino Miralles u otra persona.

Es posible que como régimen de transición de un mando al otro, por un tiempo Gavazzo hiciera informes sobre actuación de personal del SID y Rodríguez Buratti dispusiera los operativos.

De los testimonios de militares y policías, y aun de algunos tramos de las declaraciones de Barboza, fs. 1020, 1020v, surge la posibilidad de que Rodríguez Buratti hubiera dispuesto la detención de Castro.

A fs. 823 José Gavazzo hace referencia a que en el mes de julio relevó a Rodríguez Buratti, es decir que sostiene que hubo un interregno en el cual el mando del SID se traspasó con cierta gradualidad. Esto no puede ser eliminado como una posibilidad, por este despacho.

No es lógico que Rodríguez Buratti esperara solo en la puerta de la casa de Millán y Loreto Gomensoro, a Julio Castro. Es más lógico que estuviera acompañado por algún subordinado.

Es que, probablemente, Zabala está protegiendo a José Gavazzo y los que operaban en la casona de Millán. Pero esto no pasa de ser una conjetura. A lo sumo un indicio. Pero la duda a favor de José Gavazzo no se ha esfumado y por ende corresponde no hacer lugar a lo solicitado por el Ministerio Público a su respecto.

III) SOBRE EL PEDIDO DE PROCESAMIENTO DE JUAN RICARDO ZABALA QUINTEROS.

A) Surge de autos la prueba suficiente como para sostener que el 1 de agosto de 1977, en horas de la mañana, Julio Castro Pérez salió de su casa en su camioneta "Indio" amarilla y negra matrícula 192 024. Dejó estacionada la camioneta en las cercanías de Rivera y Soca. Visitó a Guillermo Quesada en la casa de éste en F. Llambí 1417. Luego volvió a su vehículo. Pensaba ir a visitar a otro amigo, Werner Oskar Lebel. Iban a hablar sobre los refugiados en la embajada mexicana. Pero nunca llegó a la casa del Contralmirante.

Esa mañana, alguien, un jerarca cuya identidad no se pudo determinar con elementos suficientes, pero que podría haber sido el Teniente Coronel Juan Antonio Rodríguez Buratti o José Gavazzo o Miralles, le indicó al Sub Comisario de Policía, Juan Ricardo Zabala Quintero, que procediera a la detención de una persona de apellido Castro. Se le dio como referencia para su ubicación las inmediaciones de Rivera y Ponce. Se le dijo que esta persona andaba en una camioneta "Indio". Se le indicó que si lograba la detención debía comunicarla en forma radial. Se le indicó también que el soldado Julio César Barboza lo acompañaría. Zabala le indicó a Barboza que lo acompañara. Zabala sumó a otro soldado a los efectos de cumplir el encargo. Subieron a un vehículo VW. Se dirigieron a las inmediaciones de Rivera y Soca. Allí ubicaron la camioneta "Indio". Esperaron a Julio Castro.

De regreso Julio Castro de la casa de Quesada, cuando iba a subir a su camioneta, fue detenido por Juan Ricardo Zabala acompañado del otro militar, de rango inferior. Fue obligado a dirigirse al automóvil en el cual estaba Julio

César Barboza Plá. Juan Ricardo Zabala se ubicó al volante del automóvil. Zabala le indicó a Barboza que se ubicara en el asiento de atrás, junto a Julio Castro. Zabala le dijo a Castro que se agachara y le ordenó a Barboza que no dejara que Castro asomara su cabeza por la ventana del vehículo. Castro se quejaba, decía que no podía agacharse de esa forma.

Entonces Zabala manejaba el VW. Barboza iba en el VW, en el asiento de atrás, con Julio Castro. El otro militar, el tercero, probablemente se subió a la camioneta de Castro y la condujo detrás del automóvil VW. Zabala comunicó por radio la detención de Julio Castro. Le indicaron que debían ir a la casa de Millán, le indicaron el número. Llegaron a la casa de Millán. Entregaron allí a Julio Castro. Sostiene Zabala que la entrega se hizo a Rodríguez Buratti, quien les indicó que volvieran al SID. No se puede probar con elementos suficientes que fuera Rodríguez Buratti quien recibiera a Castro. No se puede probar que fuera Rodríguez Buratti quien hubiera dado la orden de detención. Tampoco se puede dar por probado lo contrario.

En la casona Julio Castro fue internado. Fue sometido a torturas, muy cerca del periodista Flavio Tavarez, privado de libertad en el mismo sitio y también sometido a apremios.

Julio Castro no soportó las torturas. Su situación de salud empeoraba y esto lo comentaban los militares que lo torturaban. Lo cual era oído por Tavárez. Como solución final fue ultimado de un balazo en la cabeza. Fue enterrado en el Batallón 14.

B) JUAN RICARDO ZABALA. AUTOR, COAUTOR O CÓMPLICE.

1. Juan Ricardo Zabala integraba un aparato criminal organizado de poder. Desde los años de la década del 60 la violencia campeaba. En 1971, 1973, 1975, 1976, 1977 muchos eran los fallecidos víctimas de la estructura organizada de poder: Carlos Arévalo, Luis Arigón, José Arpino, Abel Ayala, Oscar Baliñas, Eduardo Bleier, Juan Briebe, Héctor Castagnetto, Julio Correa, Ubagesner Chaves, Lorenzo Escudero, Horacio Gelós, Roberto Gomensoro, Luis González, Fernando Miranda, Otermín Montes de Oca, Eduardo Pérez Silveira, Elena Quinteros ("Informe final de la comisión para la paz, 10 de abril de 2003, anexo nº 3). En Argentina también desaparecían ciudadanos uruguayos (Informe final anexo 6). Extranjeros desaparecían en Uruguay (Informe Final Anexo 5). Muchas decenas de personas. El Sub Comisario Zabala era consciente de esto, por supuesto. Por supuesto que Zabala era capaz de apreciar su entorno y la guerra que se había desatado. De las declaraciones de Zabala se desprende claramente la compartimentación de las funciones y de la información, fs. 830. Zabala y en general todos los militares interrogados (fs. 830 y sts, 828, 829, 826, 827, 822 y sts, 821, 809, 805v) desconocían qué hacían los otros, cuáles eran los lugares donde se trabajaba, qué se hacía en esos

lugares, manifestaron incluso desconocer que hubieran desaparecidos, alegaron por lo general haber realizado sólo labores burocráticas, alguno dijo incluso nunca haber ido a Argentina, muchos de ellos desconocían la existencia de la casa de Millán. Obviamente la compartimentación escondía extremos inconfesables y eso lo sabían los protagonistas, los miembros de la organización estatal criminal.

Cuando Zabala ingresó al SID sabía que se integraba a la lucha contra la subversión, desde las Fuerzas Conjuntas. Y sabía que la lucha no era limpia.

2. La criminalidad en los aparatos organizados ha mostrado la imposibilidad de responder a ella con los institutos clásicos, con aquellos institutos erigidos para responder a la criminalidad individual o en todo caso no organizada (doctrina de Jäger, 1962, en E. Gimbernat Ordeig, "Autor y cómplice en derecho penal" B de F 2007, Maestros del Derecho Penal nº 20, p 151).

Por un lado Roxín sostiene que la cúpula de la organización tiene el dominio del hecho en virtud de la fungibilidad de los ejecutores: Kai Ambos, "Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder" Universidad externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998 p. 15.

Sin embargo los ejecutores y los mandos medios también han recibido adjudicación de responsabilidad. Así, los ejecutores directos son autores culpables, responsables, autores inmediatos o coautores: pp. 119, 126, 128, 160, 162, 163, 173, Patricia Faraldo Cabana, "Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas" Tirant. Monografías jurídicas, 302.

Mientras los dirigentes son considerados por algunos inductores (Patricia Faraldo Cabana, "Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas" Tirant. Monografías jurídicas, 302, pp. 65, 162 y sts; Herzberg p. 170, Köhler p. 170, Renzikowski p. 171, Gimbernat p. 172 y 173), por otros autores mediatos (Patricia Faraldo Cabana, "Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas" Tirant. Monografías jurídicas, 302 pp. 66, 69, 70, 75, 76, 73, 74, 80, 107, 108; autores mediatos para Patricia Faraldo) para otros coautores (69, 70, 128 a 139; coautoría para G. Jakobs, p. 142; 153, 158, 159, 160), la posición de los mandos medios ha sido menos estudiada. En este sentido ha dicho Claus Roxín que cada actividad del aparato que se prolongue de modo no autónomo sería complicidad, quien solamente es consejero, quien sin poder emitir órdenes desarrolla planes de exterminio, quien proporciona los medios para matar, solamente, sería cómplice, p. 407, "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder" Claus Roxín, en "Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales" Director Ricardo C. Núñez, Año 8 Nos 29 a 32 Depalma 1985. Más radicalmente Enrique Gimbernat Ordeig

dice el que simplemente transmite una orden no es autor, que conforme los miedos y las tendencias del hombre, miedo de quedarse sin empleo, de pasar a ser un paria, de quedarse sin la posibilidad de pertenecer a un grupo aunque ese grupo sea el Estado nazi, todos los que intermedian entre la cúpula y los autores materiales son cómplices: si se desatara una guerra nuclear decidida por las cúpulas, los mandos medios ¿serán autores? se pregunta; y responde que no; agrega que el sujeto que actúa de esta forma no se siente contra la sociedad ni contra el Estado sino con ellos; estos sujetos no han creado el Estado, no han dado la primera orden, son sólo colaboradores: pp. 159, 160, 161, 166, E. Gimbernat Ordeig, "Autor y cómplice en derecho penal" B de F 2007, Maestros del Derecho Penal nº 20.

3. Por lo que se viene viendo todos los que pueden y deben dar órdenes, según la doctrina mayoritaria, son autores o coautores o autores mediatos, en fin, llevan la pena mayor. Zabala era un Comisario, tenía a su mando a los policías que, en el SID, tenían un rango inferior y tenía a su mando también a los soldados de baja jerarquía. El día de la detención de Julio Castro, Zabala formó su equipo con dos soldados, Barboza y otro que cuyo nombre no recuerda éste. Barboza es enfático en relación a que eran tres en aquel grupo. En tanto Zabala dice no recordar si eran tres, que para él eran dos, fs. 832v. Ahora, lo lógico es que el arresto se hiciera por dos personas. Siempre se busca la superioridad numérica sobre la persona a la cual la policía le ha de exigir una conducta determinada. Entonces, cuando Barboza dice que el arresto fue hecho por Zabala y el otro soldado, quienes se pusieron a los costados de Julio Castro, la versión tiene lógica.

Zabala comandaba su grupo de subordinados. Dio las órdenes, le dijo a Barboza lo que tenía que hacer. Y al otro soldado también, cabe afirmar reconstruyendo el suceso en base a la sana crítica.

De modo que Zabala sería un autor o un coautor.

4. Se dijo que los institutos clásicos del Derecho Penal no son aplicables, en general, a la criminalidad organizada. Esto es cierto, cree el despacho. Pero obviamente no se sostiene una derogación de los arts. 60 y sts del CPU. Ni una inaplicabilidad total a este tipo de casos. Lo que ocurre es que los principios que subyacen estas normas entran en relación con los principios que subyacen el tema de la responsabilidad por la actuación en grupos criminales organizados de poder. Cree este despacho, en este sentido, que institutos sustanciales como la complicidad, directamente relacionados con un menor merecimiento de pena (que no de otra cosa se trata el capítulo del concurso de delincuentes y la distinción entre autor, coautor, autor mediato, inductor, cómplice; la doctrina toma distancia de los criterios de merecimiento de pena a la hora de abordar el concurso de delincuentes pero en última instancia en ese tema apela a ese

merecimiento de pena y sentimiento de justicia: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas" Tirant. Monografías jurídicas, 302, pp. 128, 129, 130; merecimiento de pena y autoría, 130, 143, 171, 173, 174, 180, 181; concretamente para Faraldo los mandos medios no son cómplices ya que la complicidad es poco severa, 182, 187, 188, 190; argumento de la pena y la peligrosidad en Gómez Rivero, 189 a 191; 193, 198; Kai Ambos, mandos medios, pp. 204, 205; mando medio con poder de mando independiente, p. 205; creaciones doctrinarias para poder penar ciertas conductas como autoría, p. 319 y sts) no se limitan en el ámbito de los aparatos organizados de poder, a la intervención meramente consultiva o planificadora, o de entrega de armas o instrumentos, sin poder alguno de mando. En algunos casos podemos concebir una persona que haya dado órdenes pero que haya hecho un aporte no esencial, que haya cooperado moral o materialmente con hechos anteriores a la ejecución, extraños y previos a la consumación, art. 62 del Código Penal uruguayo, y que no merezca la pena de autor o coautor. Zabala dictó órdenes en el ámbito reducido de su grupo de trabajo aquella mañana infame pero sus actos fueron anteriores a la ejecución. Se desconoce la identidad de los autores materiales, directos. Ahora bien, Zabala tampoco merece la pena de autor o coautor porque su actuación en el SID fue limitada en el tiempo. Estuvo en el SID un año, desde el 14 de julio de 1976 al 12 de agosto de 1977, fs. 29 del legajo personal funcional de Juan R. Zabala. Surge también que de Narcóticos, en el Ministerio del Interior, pasó al SID y luego volvió a Narcóticos, que luego cumplió servicios en embajadas uruguayas en el exterior; que antes del 14 de julio de 1976 su perfil era policial, clásico, ajeno a la lucha contra la subversión. Por lo que Zabala no merece la pena del autor, merece la pena del cómplice. Él sabía que integraba, en el SID, el aparato de las Fuerzas Conjuntas y que la guerra no era limpia. Cualquier afirmación en contrario es pueril, inverosímil y desmerecedora del relato. Pero esto fue por un año, durante el cual su aporte contra la subversión no fue ni directo ni cupular.

La actividad de Zabala, en cuanto represión de la sedición fue incidental, un año, mientras estuvo en el SID. Y mientras estuvo allí no tuvo un notorio papel represivo, como lo tuvieron otros. De la mano de estos razonamientos debe desestimarse la idea de sostener que Adolf Eichmann era un cómplice porque nunca estuvo en la cúpula y nunca fue autor directo (Enrique Gimbernat Ordeig, "Autor y cómplice en derecho penal" B de F. 2007, Colección "Maestros del Derecho Penal" n° 20 pp. 167, 168). Porque Eichmann transmitió la orden de muerte de millones de personas, tuvo un papel intermedio pero intenso y extenso; aquí la cantidad también hace la calidad. No surge que Zabala haya tenido un papel intermedio pero intenso. Hasta donde alcanza el despacho tuvo

un papel intermedio y discreto en la lucha contra la subversión. Lo que lo hace una figura no central la guerra contra la sedición y en este suceso. Y eso lo aleja de la autoría o coautoría, es decir de la pena mayor por el injusto.

Sin perjuicio de lo que pueda surgir del sumario y en su caso, del plenario.

5. Zabala, eventualmente, sabía que colaboraba a una privación antijurídica de libertad, a unas lesiones personales que debieran calificarse de torturas y aun a una muerte. Él sabía que ejercía actividad preparatoria, eventualmente sabía que aportaba a una situación ilícita que podía ser la más grave: la muerte. Sobre la complicidad a dolo eventual, Revista de Derecho Penal 17, FCU, caso 91 TAP 2º Preza, Corujo, Gómez Tedeschi, S. 12/2005.

C) INEXISTENCIA DE CAUSALES QUE ENERVEN LA ANTIJURIDICIDAD.

1. Este punto ya ha sido zanjado por la doctrina y jurisprudencia pero lógicamente el despacho entiende que debe ser mencionado.

2. El ejecutor material, el más humilde en jerarquía muchas veces, responde como autor directo, desde el instituto que contiene la pena máxima. La obediencia debida no es admitida en el ámbito de los delitos contra la humanidad. Los delitos contra la humanidad forman un concepto que ya existía en 1977, por lo menos desde 1945, en la memoria de los menos estudiosos. Porque si bien el hombre actúa y es, como dice Gimbernat, un cuidador de su lugar, de su empleo, de la pertenencia a su grupo y a su época, también impone el no perdón de las conductas humanas que le alejan del concepto de ser humano: las conductas de extrema violencia y falta de piedad.

No se admite la obediencia debida en estos crímenes: López Goldaracena, "Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad, SERPAJ 2006" p. 130. "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España" Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max Planck, p 193. "Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" Konrad Adenauer, Georg August Universität Göttingen, pp. 121, 268, 341, 431, 465. "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Konrad Adenauer, Georg August Universität Göttingen pp. 59, 267, 268, 269, 299, 383. Como corolario de toda esta sensibilidad jurídica el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma dispone, en su art. 33 que la orden de cometer actos de genocidio o crímenes de lesa humanidad es manifiestamente ilícita y por ende no amparada por la obediencia debida o por la orden superior: p. 96, "Manual Básico sobre la Corte Penal Internacional Medellín Urquiaga Arjona Estévez-Guevara Bermúdez, Konrad Adenauer Stiftung 2009.

3. Si el ejecutor material, que está en la base de la pirámide de la organización, responde de los hechos, si cuanto más lejos de la base se está más

responsabilidad se tiene sobre los hombros (Claus Roxín, "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder" "Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las ciencias penales" Ricardo Núñez Director, Año 8 Nos 29 a 32, Depalma 1985 pp. 404, 405) entonces el que da las órdenes antes que el ejecutor material cumpla sus tareas no puede nunca dejar de responder. Aunque en un caso como éste, excepcional sin perjuicio, la responsabilidad sea sólo de complicidad.

La jurisprudencia se ha opuesto a admitir una causa de justificación en el cumplimiento de órdenes claramente antijurídicas. Destaca Kai Ambos que para el Tribunal Supremo alemán los disparos mortales del muro no estuvieron justificados por el derecho de la República Democrática alemana, pp. 26, 27. Una causa no puede ser justificante si va contra los derechos humanos, se puede concluir, pp. 27, 28: "Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales del muro" Universidad externado de Colombia, 1999.

Los métodos de la represión contra la guerrilla obviamente no fueron lícitos y no estaban permitidos ni por la Constitución ni por las leyes ni por la normativa internacional que regía respecto de Uruguay.

4. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para los Estados que están dentro del sistema de la Convención Interamericana de DDHH, OEA. Así lo ha declarado la Corte Interamericana de DDHH: "Estudios Jurídicos" Universidad Católica del Uruguay, Jurisprudencia, Nº 9-2011 pp. 71, 72, 73. Esto ha convertido parcialmente nuestro sistema jurídico romano en un sistema anglosajón, de precedente.

Y bien. La Corte IDH ha dicho que cuando la referencia son los derechos humanos es obligatorio investigar y sancionar y que a esta investigación y sanción no puede oponerse amnistías, indultos, prescripciones y otros mecanismos de irresponsabilidad. Se erige por sobre todo el valor de la no impunidad: (aun por sobre los principios clásicos del Derecho Penal) "Estudios Jurídicos" Universidad Católica del Uruguay, Jurisprudencia, Nº 9-2011 pp. 81, 82, 102. Sentencia de la Corte IDH en La Cantuta contra Perú, "Estudios Jurídicos" Universidad Católica del Uruguay, Jurisprudencia, Nº 9-2011 p. 112. Y en el caso de Gelman contra Uruguay dijo la Corte IDH que en relación a los derechos humanos no cabe oponer excluyentes de responsabilidad de ningún tipo: párrafos 225 y 254.

IV) La defensa sostuvo en síntesis lo siguiente.

Que Zabala detuvo, no secuestró a Julio Castro. Que el hecho ocurrió cuando Zabala tenía 28 años, estaba en comisión en el SID, que no tenía personal a su cargo, que Al SID sólo entraba personal de confianza, que recibió órdenes de Juan A. Rodríguez Buratti, que se le dijo que la detención era por orden de un

Juez Militar, que se actuaba con forma compartimentada; criticó el aporte probatorio de J. C. Barboza y puso en tela de juicio que desconociera la índole de la operación que iba a realizar; abundó la defensa en la consideración del poco valor que tienen las declaraciones de Barboza contra Zabala y abundó también en consideraciones sobre la responsabilidad de Barboza por el mismo suceso, la detención de Julio Castro y su entrega en la Casona de Millán, dijo no comprender porqué no se ha solicitado el procesamiento de J C Barboza, que no existe prueba de la participación de Zabala en torturas o muerte, que no mató, que no ayudó a matar, que no tuvo dominio sobre la suerte del maestro, que cumplió órdenes superiores.

A esto hay que decir que Zabala sabía que su acción podía enmarcarse en la lucha contra la subversión, que no era una lucha limpia. La detención se hacía en el SID, no en la Jefatura de Policía y se trataba, evidentemente, de un asunto ajeno a la delincuencia común.

Zabala tenía 28 años y conocimiento claro del estado de guerra que vivía la República, y de las desapariciones que desde hacía años venían dándose. La violencia ya era bilateral y no tenía límites. Eso lo sabía Zabala.

Zabala sí tenía personal a su cargo, como se explicó supra. Tenía el dominio de las operaciones que comandaba.

Al SID sólo entraba personal de confianza. Obviamente personal conocedor de la lucha contra la subversión, y de las miserias de esa lucha, ya sin cuartel desde hacía años.

La detención fue por orden de un Juez Militar. Pero Zabala nunca afirmó haber visto tal orden, ni se la mostraron a Castro para explicarle su detención. Evidentemente la situación, a los ojos de Zabala, no era regular.

La actuación compartimentada hacía evidente a todos que se trataba de una guerra no convencional.

La obediencia debida en situaciones de apariencia ilícita (ilicitud de magnitud, por cierto) no ampara, por lo que se dijo supra.

Sobre el porqué la parte actora no pide el proceso de Barboza no es una pregunta para este despacho. Sin embargo, cabe acotar que Barboza tenía rango más bajo que Zabala. No obstante, no se hará en este sitio un análisis de la posición de J C. Barboza por exceder los límites de esta resolución.

Las versiones de J C Barboza han sido analizadas y criticadas, en cuanto su rendimiento probatorio, supra.

En cuanto a que Zabala no mató ni ayudó a matar, cabe reiterar que las acciones enmarcadas en la delincuencia organizada no son juzgables con los clásicos instrumentos de la legislación aprobada para la lucha contra la delincuencia común. La teoría formal objetiva no alcanza a comprender los aportes dados en el marco de la delincuencia organizada. Se hace remisión a lo escrito supra.

En cuanto a la prescripción dijo la defensa que. La ley 18026 no puede tener efecto retroactivo. Los delitos de lesa humanidad no son aplicables a estos casos. La Suprema Corte de Justicia dijo en sentencia de mayo de 2011 que no se puede admitir la retroactividad de los tipos penales. Que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de la ONU, lleva a la misma conclusión así como los textos internacionales, convencionales, de DDHH. Que la Corte Interamericana de DDHH no puede sostener la retroactividad de los tipos penales sin violar la propia Convención Interamericana de DDHH, que la Corte I DDHH no puede intervenir en los asuntos internos de los Estados.

Al respecto cabe decir. Que no se está imputando tipos de la ley 18026. Que en cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ya vimos que la jurisprudencia nacional e internacional la ha sostenido, y la ha basado en el Derecho Internacional consuetudinario, en el Derecho Convencional internacional y en las normas de ius cogens. Es trascendente para una sociedad humana planetaria establecer que hay ciertos crímenes que no prescriben y que no pueden amnistiarse ni perdonarse. El despacho cree que estas conductas no han prescrito, por lo dicho supra. Cree que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH ha devenido obligatoria. Lo cual es distinto que decir que tal jurisprudencia sea conveniente o no, convencional o no.

Si bien todo lo dicho en relación a la prescripción tiene un indudable interés en el tema de las fuentes del derecho, y su jerarquía, eso excede los límites de esta interlocutoria.

V) Por los argumentos expuestos:

SE RESUELVE:

NO HACER LUGAR A LA PRETENSIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

NO HACER LUGAR A LA PRETENSIÓN DE INICIO DE SUMARIO CONTRA JOSÉ GAVAZZO POR LA MUERTE DE JULIO CASTRO PÉREZ.

EL PROCESAMIENTO Y PRISIÓN DE JUAN RICARDO ZABALA QUINTERO COMO CÓMPLICE DE UN DELITO DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO.

AGRÉGUESE LA PLANILLA DE ANTECEDENTES JUDICIALES Y EN SU CASO HÁGANSE LOS INFORMES COMPLEMENTARIOS.

CORREGIR EL ARMADO DEL EXPEDIENTE A FS. 387, 385, 383, 800, 801, 1026, 1025. CONTRATÁPESE LA PIEZA F.

CONFECCIÓNENSE TESTIMONIO DEL CUERPO PRINCIPAL DE ESTOS AUTOS, PIEZA A a J y FÓRMESE PRESUMARIO RELACIONADO CON LAS RESPONSABILIDADES PENALES EVENTUALES POR

ENTERRAMIENTOS EN EL BATALLÓN 14.

Dr. Juan Carlos FERNANDEZ LECCHINI

Juez Letrado