

Sentencia N° 263 Ministro Redactor.-

Dr. José Balcaldi Tesauero.-

Montevideo, 26 agosto de 2010.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados **"ALVAREZ ARMELLINO, GREGORIO CONRADO.** Treinta y siete delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real. **LARCEBEAU AGUIRREGARAY, JUAN CARLOS.** Veintinueve delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real". IUE-2-20415/2007 venida a conocimiento de esta Sala, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por las respectivas Defensas y la adhesión a la apelación del Ministerio Público, contra la sentencia N° 157 de fecha 21 de octubre de 2009 dictada por el Señor Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 19° Turno.-

RESULTANDO:

- 1) Se aceptan y tienen por reproducidas tanto la descripción de los actos procesales, como la relación de hechos invocados en la sentencia de primer grado, por ajustarse a las emergencias de autos.-
- 2) Que, por la precitada decisión se condenó a Gregorio Alvarez como autor penalmente responsable de treinta y siete delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real, a la pena de veinticinco años de penitenciaría y, a Juan Larcebeau, como autor penalmente responsable de veintinueve delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real, a la pena de veinte años de penitenciaría, 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 en los dos casos la atenuante de la primariedad absoluta.-

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

3) Que a fojas 12.801 y 12.802, las Defensas de los imputados interpusieron sendos recursos de apelación contra la mencionada decisión y, a fojas 12.837, el Ministerio Público se adhirió al recurso de apelación.-

4) Que, de fojas 12.805 a 12.815, la Defensa de Alvarez expresó agravios contra el fallo, los cuales en síntesis se transcribirán a continuación.-

Sostiene que: "...En principio y estudiando la afirmación del Magistrado de que el homicidio se realiza por acción causal por parte de los imputados, resulta una expresión de la que resultaría necesario indagar su significado. ¿Debe entenderse por ello que nos encontramos ante una hipótesis comisiva?.

Pensamos que ello no es posible, por cuanto del expediente no surge ni por asomo probado, que Alvarez hubiera participado mediante actos materiales que hubieran contribuido al resultado muerte.-

Se sabe que la omisión impropia no se puede imputar causalmente, por más que este ha sido uno de los temas dogmáticos más debatidos, parece claro que un no hacer, no puede ontológicamente ocasionar un resultado, en definitiva causarlo. Por tratarse de un concepto normativo, se va a castigar la omisión cuando no se evite un resultado que se tenía la obligación de evitar.

De ahí que se sostenga con acierto que en la omisión existe un vínculo de evitación, y no de causalidad. En la sentencia no se analiza este problema y el tema queda en la oscuridad, por más que nosotros hemos sostenido desde un punto de vista meramente especulativo que la única posibilidad de atribuir los hechos a Alvarez era mediante la imputación de una omisión impropia...".-

Señala también que "...Se dice que su defendido conocía todos los hechos que se imputan (cometidos antes de 1978) porque a partir de esa fecha él asumió la responsabilidad por todas las violaciones de los derechos humanos cometidas, incluso con anterioridad. Pensamos que esa "asunción de responsabilidad" constituye una declaración política, que no tiene trascendencia desde el punto de vista del establecimiento de una responsabilidad penal, se tienen que verificar otros elementos que sirvan para aquilatar la imputación subjetiva y objetiva de los hechos. Esos elementos esenciales a los efectos de atribuir un hecho delictivo a una persona, no se verifican o por lo menos no surgen probados del expediente. Se afirma también que como integrante del COSENA y después de la Junta de Comandantes en Jefe tenía conocimiento de los hechos que ahora se le atribuyen penalmente.

Esta afirmación también resulta especulativa y equívoca. Véase que en esos momentos existía compartimentación, (que fue eliminada por el propio Alvarez como se expresó en 1978) y es más que probable que los jefes militares del ejército desconocieran lo que ocurría en jurisdicción de la marina. No resulta arbitrario sostener a la luz de lo expresado que su defendido desconocía los hechos en cuestión.-

Podría sostener quizás que las muertes ocurrieron después de 1978 cuando Alvarez ya era Comandante en Jefe del Ejército. También ese extremo resulta especulativo, no es concebible que personas que son privadas de su libertad ilegítimamente, a partir de 1972, y sometidas a malos tratos, mueran 5 o 6 años después. Pero aún en este hipotético caso, y teniendo presente la eventual posibilidad de que Alvarez conociera los hechos que habían ocurrido ¿tenía la posibilidad de evitar el resultado muerte acaecido? Pensamos que no porque los hechos ocurrieron bajo jurisdicción de la armada, y además, si ya habían muerto resulta claro que es imposible evitar la muerte..."-.

Agregó que: "...Se sostuvo oportunamente que en nuestro derecho positivo no puede adoptarse la teoría del dominio del hecho, por cuanto nuestro código

penal sigue un criterio causal de la participación criminal. Al respecto y para evitar tediosas reiteraciones, nos remitimos a lo expresado oportunamente. Pero además, en lo relativo a la autoría mediata, en nuestro ordenamiento jurídico, presupone una actividad de determinación que necesariamente debe ser previa a la comisión del delito, y que incide como verdadera causa moral del mismo. En la especie no existe prueba de que se haya realizado la citada actividad de determinación, por lo que tampoco es admisible el aserto formulado..."-.

Discrepa con el fallo, asimismo, en cuanto "...Sostiene textualmente el sentenciante: "La no localización hasta el momento de los cuerpos y la imposibilidad de determinar con exactitud los detalles, no implica en forma alguna que los homicidios no se hayan cometido".

"Por otra parte la tipificación del delito de desaparición forzada consagrado en el artículo 21 de la ley citada, del 25 de setiembre del 2000, para hechos cuya ejecución fue anterior a su vigencia, colide con lo preceptuado con el art. 15 del Código Penal, en lo relativo a que "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".

Sin embargo, cuando el Magistrado refiere a la prescripción de los hechos atribuidos, sostiene su imprescriptibilidad. Parecería que debe existir una lógica elemental, si las disposiciones no son retroactivas, necesariamente deben prescribir, y ello por una sencilla razón, el Juez interviniente no considera los hechos cometidos como delitos de lesa humanidad. Prueba de ello es que al fundar el derecho refiere únicamente a disposiciones nacionales, concretamente el C. Penal, sin hacer hincapié en ningún tratado o convenio internacional, descartando implícitamente la aplicación de la ley de desaparición forzada de personas.

De acuerdo con lo expresado y más allá de que a nuestro juicio no deben aplicarse derechos penales especiales o excepcionales, estamos ante un caso en que al parecer, el propio Juez, coincide implícitamente con lo expresado,

resolviendo la cuestión a la luz del derecho penal común y aplicando las normas que rigen nuestro debido proceso..."-.

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

5) De fojas 12.817 a 12.835, expresó sus agravios la Defensa de Juan Carlos Larcebeau, los que, en lo medular se transcriben a continuación.-

Discrepa con el fallo porque "...a donde no ha llegado la Fiscalía, llega la sentencia en recurso: partiendo de la base de que los desaparecidos no son tales, sino que todos han fallecido, condena al defendido como autor de veintinueve homicidios muy especialmente agravados a veinte años de prisión. Con ello, se ve, va unos cuantos pasos más allá y, sustituyendo incertidumbre por certeza, afirma que a todos ellos les dio muerte el defendido, en calidad de autor, con intención de matar y, por si algo faltara, con agravantes muy especiales.

Las certezas de la sentencia en cuanto a número de víctimas de homicidio y circunstancias de su ocisión van incluso más allá de las dudas que había establecido el Tribunal, al confirmar el auto de procesamiento (pág. 42 de la sentencia confirmatoria): "Sería aventurado describir ahora en cuántos casos participó y cuál fue su accionar en cada uno de ellos. Sin embargo, esta fuera de discusión que Larcebeau tenía poder de mando, que sus actividades de inteligencia en Argentina y Uruguay eran operativas y que en definitiva logró exitosamente la culminación de sus esfuerzos en la lucha anti sediciosa"

Bien miradas, estas consideraciones del Tribunal bastarían en cualquier proceso, para determinar la absolución del defendido: si es aventurado describir ahora en cuántos casos participó y cuál fue su accionar en cada uno de ello, lo que se esta afirmando derechamente es que no hay elementos de juicio que permitan determinar la autoría, no ya de todos, sino ni siquiera de uno de los homicidios imputados.-

Porque decir que no se sabe en cuantos homicidios se participó incluye la posibilidad de que no haya participado en ninguno. Mucho menos, cuando

sería también aventurado (siempre según la sentencia) determinar nada menos que el accionar en cada uno de ellos. Si el principio *in dubio pro reo* tiene aplicación general, a todo proceso, no se advierte cuál es la razón por la cual, en la imposibilidad de determinar el cuántos y el cómo (si tal cosa pudiera considerarse aventurada), no se aplica derechamente este principio y se levanta la condena. Es, por cierto, lo que debería ocurrir en cualquier proceso donde se contemplara la vigencia del principio de inocencia y su consecuencia, el *in dubio pro reo*.

Porque es muy claro que, al final del proceso, la misma duda persiste en el mismo grado que a su comienzo. Consecuentemente, fundar una condena a base de sostener que alguien es culpable de varios homicidios, aunque no se sepa en cuántos participó ni de qué modo, no sólo desaplica las reglas de la lógica, sino que es un modo de vulnerar en forma flagrante el principio de inocencia. Las incertezas nunca son de cargo del acusado. Es por ello que el pasaje citado de la sentencia de segunda instancia sólo puede entenderse en el sentido de que manda cumplir una ineludible tarea de determinación que - al principio del enjuiciamiento, pero con la instrucción por delante - no se había cumplido. Y la tarea no se cumplió: la incertidumbre respecto de esas cuestiones esenciales, inicialmente señaladas por el Tribunal, es la misma al final del proceso que al principio.

No obstante ello, la impugnada, sin tales elementos que permitieran concretar los hechos sin cuya determinación una imputación de homicidio sencillamente no podría ser formulada, corta el nudo gordiano del cuántos y del modo imputándole al defendido la totalidad de los homicidios (con los que ya ha solucionado el problema de la cantidad) y en grado de autoría (con lo que ya se tiene resuelta la modalidad de su actuación: de propia mano parece inferirse).-

El tajo de la espada decisoria corta a la vez la incertidumbre acusatoria, el mandato de concreción contenido en la sentencia preliminar del Tribunal y el

principio legal de inocencia "Todo junto y en un día", como se perdió el Reino de España.

En su lugar instala todas las certidumbres: el Sr. Larcebeau los mató a todos ellos, con intención de matar y con circunstancias agravantes muy especiales..."-.

Entiende que "...es inútil buscar en la recurrida elementos de evaluación probatoria que superen aquellos (declaradamente insuficientes en los decisivos y concluyentes aspectos ya señalados) que inicial y provisionalmente fundaban la imputación de desaparición forzada, dirigida inicialmente por el Juzgado y revocada a la de homicidio, por el Tribunal.

Ni siquiera ayuda, para la comprensión argumental de semejante decisión, la coherencia interna que deberían mantener entre sí los propios espacios de la argumentación, porque quien lee los considerandos del pronunciamiento judicial tiene la impresión de estar ante un libro, cuya tapa de anverso luce el anuncio de la condena por autoría de homicidios muy especialmente agravado, cuya tapa de reverso, efectivamente condena a una pena parecida a la cadena perpetua por tales delitos, pero cuyo contenido refiere casi por entero a abundante doctrina y jurisprudencia sobre la desaparición forzada de personas. Aunque el aporte doctrinario y jurisprudencial de la extendida sentencia, referido al delito de desaparición forzada de personas, puede considerarse un aporte valioso en los ámbitos referidos, en nada ayuda en este proceso para fundar las conclusiones y decisiones de tapas, que van manifiestamente por caminos casi opuestos. Los fundamentos para éstas, perdidos en el predominante discurrir sobre desaparición forzada, ninguna certeza adicional agregan, porque, prescindido el grueso de la argumentación sobre el delito de desaparición forzada, los pasajes de ella que se ocupan de intentar vincular al defendido a la figura de homicidio en nada ayudan al suceso de ese intento.-

Nada se ha avanzado, ni podría avanzarse en torno a cuántas personas habría dado muerte el Sr. Larcebeau, cómo, dónde, cuándo. Esos detalles del "accionar" del Sr. Larcebeau continúan sin ser expresados en la imputación y en la sentencia. Esas cuestiones, cuya indispensable precisión sería, en las palabras del Tribunal "aventurado" hacer al principio del proceso, se dan por zanjadas al final del mismo, sin que parezca percibirse que tales conclusiones son, ahora sí y definitivamente aventuradas.-

Ninguna de estas cuestiones pendientes de resolver y aclarar - que, conjunta o individualmente, de permanecer así, como han permanecido, alcanzarían para absolver a cualquier persona, en un proceso "normal" - estorba en el presente, para expedirle al Sr. Larcebau una condena "como autor de veintinueve (29) delitos de Homicidio muy especialmente agravados, en reiteración real" (pág 134 de la sentencia). Se leyó bien: la sentencia dice "autor", lo que implica, no que el Sr. Larcebeau habría participado en la muerte de los desaparecidos, sino que él mismo las habría cometido de propia mano. En otras palabras, según la sentencia, él mismo realizó los actos consumativos del homicidio (art. 60 CP). Aunque, debe reconocerse, seguramente éste es un error que la propia sentencia implícitamente admite dentro de su argumentación, dado que no existe en su fundamentación elemento de juicio que lleve a la conclusión de autoría, al menos, no en el sentido en que la misma se entiende, o debería entenderse, a la luz del derecho nacional (art. 60, numerales 1º y 2º CP), esto es, sea como realización de propia mano de los actos consumativos del delito (no hay indicación alguna en la sentencia que así lo diga), sea como determinación a persona no punible a cometer el hecho, donde falta idéntica indicación...".-

Sostiene además la Defensa que "...cree fundadamente que no hay prueba alguna de que el defendido hubiera estado vinculado a los actos de decisión necesarios dirigidos a la ejecución. Por cierto, los actos que se relacionan, tanto en la sentencia de confirmación como en la que se rebate, como

indicativos de esa vinculación a la decisión, carecen de toda virtualidad: aunque se tenga por probado (cosa que no lo está), que el Sr. Juan Carlos Larcebeau participó en detenciones e interrogatorios en la Argentina, del mismo modo que sí lo hizo en el Uruguay, ello no lo vincula a "actos de decisión necesarios dirigidos a la ejecución" de las víctimas.-

Tal cosa, sencillamente, no se encuentra probada, sino, como se verá, desmentida por los elementos de juicio que surgen de esta causa. En otras palabras, nada hay en ella que permita desvirtuar las manifestaciones del defendido en el sentido de que nada tuvo que ver con los hechos que se le imputan.

Por cierto, en la argumentación de la recurrida se desestima toda defensa que pueda alegarse (pág. 160), llevándola a la categoría de "escudo de silencio, levantado por indagados y testigos militares, con sus tres puntas fundamentales, esto es, "no tengo conocimiento", "yo era administrativo" y "el responsable está muerto", el que "cede ante el derecho-deber a saber, el cual no pertenece a personas individuales, ni siquiera a familias directamente afectadas, sino a la Sociedad en su conjunto. No se trata exclusivamente de un derecho a conocer, a buscar la verdad, como actividad humana, sino el deber de todos de recordar lo acontecido, como obligación ética."

Naturalmente, postulados de esta naturaleza, referentes a la búsqueda de la verdad y al deber de todos de recordar lo acontecido, como obligación ética, entusiasman a cualquiera, pero no al punto de que el entusiasmo lleve preterir la búsqueda procesal de la verdad a favor de sustituirla por la declaración o presunción de conocerla, como si, ante la marcha triunfal de la verdad, cualquier cuestión incluida en la temática de los "escudos de silencio" fuera un simple estorbo, a ser desconsiderado.

En función de la premisa en examen, que ostenta la sentencia como bandera, no parece haberse evaluado con el debido detenimiento que las alegaciones que componen el pretendido "escudo de silencio" pudieran ser verdaderas. Por el contrario, ellas aparecen como plenamente prescindibles como si la

fortaleza de resistencia del escudo inmunizara y fortificara a su vez a la verdad presuntamente escondida.

Sin embargo, permaneciéndose en tal tesitura, se advierte inmediatamente que los pretendidos estorbos a la verdad, opuestos por el "escudo de silencio", todavía no permiten dilucidar la cuestión esencial: ¿cuál es la verdad? Si bien en función del derecho a la verdad y a la conmemoración de lo acontecido como obligación ética, se trata al principio de inocencia como si éste no existiera para los justiciables aquí juzgados, todavía queda pertinazmente pendiente de iluminación la cuestión esencial: saber lo que pasó; cómo murieron las víctimas.

La verdad no va a aparecer por el simple expediente de presumir sin fundamento que el defendido la tiene y la oculta y que su silencio o su admisión llevaría indiferentemente a la misma conclusión de que él les dio muerte o, alternativamente, él participó en ella..."-.

Concluye que no hay congruencia entre el fallo y la demanda "...Porque, como puede advertirse rápidamente, no hay entre el planteamiento acusatorio y las conclusiones de la sentencia una verdad unívoca, sino, más bien, dos modos de solucionar la incertidumbre sobre "el accionar" del defendido: el Ministerio Público la cobija bajo el manto hipertrofiado de la tipificación de art. 21 de la ley 18.026; el Juzgado la despeja mediante afirmaciones tajantes, que carecen de respaldo probatorio: el alcance argumental de la sentencia no se lleva con la contundencia de sus conclusiones.

Porque, aunque, es cierto, la sentencia no se queda solamente en la enunciación del derecho a la verdad o al deber de todos de recordar lo acontecido, como obligación ética, de todos modos, sus avances hacia ella tropiezan con elementos de juicio que persisten en revelarse insuficientes, como en el primer día, para fundar una imputación de homicidio; con mayor razón, en el grado de autoría. Lo que se advierte en el razonamiento judicial en crítica es que esos mismos elementos, que inicialmente sólo fundaban la

sospecha de participación en desaparición forzada de personas ahora han sido promovidos a la plena certeza indicadora de la autoría de reiterados homicidios muy especialmente agravados.

La imputada autoría de homicidio ocurre sin que haya declaración alguna de si la misma tuvo lugar en Uruguay o en Argentina, de qué manera se dio muerte, de qué modo la Jefatura del S2 del Fusna operó.

Pero la crítica a la sentencia no sólo puede dirigirse a lo que falta para que ésta sea fundada (y a juicio de la Defensa, lo que falta es plenamente suficiente para revocarla), sino a la contradicción e incoherencia que surgiría de admitir - según la tesitura de la imputación - que una misma persona realizare conductas radicalmente opuestas (respeto a la vida, por un lado, 29 homicidios, por otro), en un mismo período de tiempo, respecto de un mismo grupo de personas, según estuviera, alternativamente en Uruguay o en Argentina.-

Con ello se ve que las conclusiones de la sentencia no sólo van contra el denominado "escudo de silencio" del defendido, sino contra el testimonio claro y recibido de una conducta en contrario en Uruguay. ¿Qué razones pueden existir para convertir las conclusiones emergentes de un hecho conocido y plenamente admitido, en la acusación y en la sentencia (respeto a la vida), en la conclusión precisamente contraria a un hecho (plenamente) desconocido, al que se ilumina con el resplandor de 29 homicidios en grado de autoría y circunstancias agravantes muy especiales?

Está claro que ninguna. Los hechos (concluyentes) favorables al defendido parecen no tener siquiera la palabra a favor del defendido..."-.

Sostiene que "...A la reiteración argumental de la sentencia corresponde la reiteración argumental de la Defensa: no existe prueba alguna de participación del Sr. Larcebeau en actos ejecutivos o generativos de la decisión de dar muerte a las personas por cuya muerte es imputado.

La vinculación que refiere el Juzgado al caso De Gregorio, en cuyo interrogatorio habría estado el defendido, más bien parece ratificar que ella se debía a la búsqueda de información, pero no refiere a una persona desaparecida ni a situación en la cual pueda endilgarle la muerte del mismo. Cosa que, por otra parte, el Juzgado no ha hecho. Ni podría hacer.

Si esto no puede hacerse respecto de un detenido tan conspicuo como De Gregorio, no se advierte cuál podría ser la razón para pensar que el defendido pudiera haber estado en la Argentina participando en decisiones referentes a la muerte de las víctimas que conciernen a este proceso.

Admítase: no hay elementos de juicio alguno que pueda implicar al Sr. Larcebeau realizando en la Argentina actos que nunca realizó en el Uruguay.

Esto se confirma, si se acude a las declaraciones de todas las personas que se vincularon de algún modo u otro a las personas detenidas: ninguna refiere la presencia del Sr. Larcebau en la Argentina. Refieren la existencia de otros militares, pero nadie habla del Sr. Larcebeau.

¿No es suficiente esto para excluirlo de la imputación?

¿De que modo puede vinculárselo a la toma de decisiones de la naturaleza de las imputadas?.

Al igual que en ocasión de apelar el auto de procesamiento, se quiere resaltar una vez más, que la totalidad de las personas denunciadas como desaparecidas, fueron detenidas en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina.

Asimismo se remarcó, que la totalidad de los testimonios agregados a estas extensas actuaciones, concierne a personas que relatan haber estado detenidas o haber entrado en contacto con detenidos desaparecidos en los llamados Pozos de Banfield, de Quilmes o COT 1 Martinez y una de ellas (María Fernanda Michelena de Gouveia a fs. 539 y 540) relata que el matrimonio Michelena - De Gouveia habría estado detenido primeramente en un sótano de

la Comisaría N° 4 de San Isidro aunque después habrían sido llevados al Pozo de Banfield.

Como ya se dijo, y es admitido por la propia Fiscalía en la requisitoria, esos centros de reclusión eran usados y estaban bajo control de la Policía Federal Argentina y del Ejército Argentino.

Ninguno de los testigos analizados por la sentencia, relata haber visto detenido desaparecido en el Fusna. Ninguno.

Por ejemplo, Rosa Barreix (fs. 736 a 738) dice haber estado detenida en el Fusna. Pero en momento alguno relata haber escuchado, tan siquiera la voz o que algún militar le haya aunque más no sea sugerido, que tal o cual persona (ahora denunciada como desaparecida) estuviera o hubiera estado detenida en el Fusna.

¿Por qué motivo quienes estuvieron detenidos en los centros de detención argentinos conocidos como los "Pozos", en condiciones más rigurosas que los centro de detención uruguayo, sí pudieron ver o escuchar o comunicarse con esos detenidos luego desaparecidos y ningún detenido en el Fusna pudo hacer lo mismo? (Ver declaración de Juan Francisco Fontoura de fs. 593 a 599 quien relata haberlos visto en dicho "Pozos" a detenidos hoy denunciados como desaparecidos o comunicarse incluso a través de golpes en las paredes de los mismos).

A su vez, se destacaba que el testigo Martín Graz (que declara a fs. 1438 a 1446) dice haber sido detenido en Bolivia, trasladado a Uruguay y haber estado detenido en el Fusna. Además agrega que en circunstancias similares fue trasladado al Fusna otra persona de nombre Juan Alberto Gasparini "actualmente residente en Suiza". Estas personas que fueron detenidas aparentemente en otros países y trasladadas a Uruguay y luego recluidas en el Fusna, fueron liberadas y no figuran en nómina alguna de desaparecidos.

Sólo una testigo (Marta Alicia Enseñat a fs. 702 -706) manifiesta que una persona no identificada y que estuvo detenida en La Tablada en Uruguay

"dice haber escuchado los nombres Cabezudo, Castro Gallo y Rio Casas, de boca de los militares".

Véase que no se sabe quién es que hace esta afirmación pues la persona no es identificada.

Tampoco dice haber visto o escuchado la voz de estas personas sino que escuchó esos nombres de boca de los militares.

Pero, esto también surge probado de la presente instrucción. La Tablada, era un lugar en el que operaba el Ejército Nacional y no el Fusna (ver testimonio de Jorge Guldenzoph, de fs. 3974 a 3879 quien además identifica a los militares del ejército).

Otro testigo, también confirma lo anterior, por cuanto estando recluido en La Tablada reconoció a Cabezudo, que había sido detenido en la ciudad de Buenos Aires.

También se analizaron las declaraciones de otros testigos, que identificaron a vehículos pertenecientes no sólo al Ejército, sino al Ejército argentino. Por ejemplo, según Graciela Sobrino a fs. 541 - 543) a su hermano Guillermo Sobrino (de acuerdo al testimonio del dueño del local donde trabajaba) lo llevaron camiones del ejército argentino". O el testigo Rubí Veliz Galeano, marino de la Prefectura de Nueva Palmira quien relata un episodio que supuestamente sería indiciario de traslado de personas detenidas de Argentina a nuestro país y viceversa. Allí refiere a que "vino un Oficial del Ejército con ropa de fajina y le dijo al Capitán que nos fuéramos" (fs. 891 a 892). Obviamente un marino no confundiría, como podría hacerlo algún particular, a un Oficial del Ejército con un oficial de la Armada o la Fuerza Aérea o un Policía del Ministerio del Interior. Fue claro: Oficial del Ejército.

En los testimonios y actas de la Comisión para la Paz en momento alguno aparece vinculado a estos hechos el Fusna, sino el Sid (ver testimonio de Ma. de los Angeles Michelena de fs 533 a 536, de Oscar Destouet de fs. 1065 a 1070 e informes de este Organismo de fecha 27/12/1977 y de 23/01/1978...").-

En relación a "...las actas de declaraciones de personas denunciadas como desaparecidas que habrían sido localizadas en el Fusna, como prueba documental clave ya no del intercambio de información sino de la coparticipación de militares de ambos lados del Plata.

La Defensa entiende que lo único que prueban esas actas, es que esas personas fueron interrogadas en la República Argentina. Y nada más.

Y si existía intercambio de información, como está probado y no ha sido desmentido, es absolutamente lógico que una copia de esas actas se hubiere remitido a la Armada Nacional, de la misma forma que se habrían remitido actas de interrogatorios de personas tanto uruguayas como argentinas que tuvieran que ver con operaciones realizadas por la Armada Argentina.

Concluir a través de la aparición de dichas actas que integrantes del Fusna hayan participado en el traslado a Uruguay y en decisiones de ejecución de esa personas, es una conclusión que no tiene ningún punto de conexión.

Como la Fiscalía no puede probar que las personas denunciadas como desaparecidas hayan sido trasladadas a nuestro país (porque evidentemente ello no ocurrió), entiende que por lo menos, lo que si se puede afirmar es que los militares uruguayos que participaban en operativos o interrogatorios en la República Argentina tenían en sus manos la decisión final de sus compatriotas.

De eso no existe prueba sino más bien, la lógica contraria.

¿Porqué motivo los militares uruguayos que participaban en operativos en Argentina, tomarían resoluciones que, probadamente, no se realizaban acá? Y como lo manifiesta la propia Fiscalía, el modus operandi argentino era diametralmente distinto al uruguayo.

Ni lo uno ni lo otro.

No existen pruebas de traslados del Fusna de esas personas denunciadas como desaparecidas, y menos sentido tiene, que el mismo conservara las actas de su interrogatorio en Argentina.

Menos prueba existe salvo en el nivel de la simple suposición, contradicha plenamente por las circunstancias ya expresadas, que los funcionarios uruguayos que hubieren viajado al exterior, fueran quienes decidieran o tuvieran el poder final y efectivo sobre las personas nacionales detenidas...".-

En cuanto al grado de participación reitera que "...Como ya se dijo, la imputación de autoría carece de fundamento, como parecería reconocerse en la sentencia, en la medida en que invoca las disposiciones del art. 60 CP que la fundan desde un punto de vista objetivo formal, esto es, con independencia de cualquier elemento subjetivo (el animus auctoris, el querer del delito como propio, que tuvo su fortuna en la jurisprudencia alemana, y aún hoy la tiene, aunque más restrictamente) y, también con independencia de elementos materiales, como podría ser el dominio del hecho (al menos en la fórmula de principio, del art. 60, N°1).

La aplicación de la teoría objetivo formal, esto es, la aplicación de las normas del código penal uruguayo, lleva a descartar plenamente toda consideración de autoría..." y abunda que "...Descartada la autoría, corresponde desestimar también cualquier otro modo de concurrencia del Sr. Larcebau en los delitos por los que se le condena, dado que no hay prueba, como se dijo, de que hubiera determinado su comisión, cooperando directamente en el período de la consumación o mediante un acto sin el cual ésta no habría tenido lugar. Tampoco hay prueba alguna de actos de participación menores, de los que designan la complicidad..."-.

En relación a la prescripción sostiene que "...La Defensa no desconoce que sobre el punto, al juzgarse sobre la impugnación del auto de procesamiento, el Tribunal de Apelaciones de 2º Turno se expidió estableciendo la procedencia del lapso adicional de prescripción previsto en el art. 123 del CP.

No obstante ello, no parece que pueda entenderse que al respecto hay cosa juzgada, por cuanto el referido pronunciamiento sólo puede tener un carácter

preliminar, que sostiene una imputación provisional, reformable de oficio, según los términos del art. 132 del CP.

Una decisión que, como en ella misma se reconoce, se expide teniendo presente el material de hecho existente hasta ese momento, por lo que nada impide que la misma se vuelva a analizar en el momento del pronunciamiento definitivo, esto es, cuando la instrucción está cumplida y el material de hecho se encuentra definitivamente colectado.

Por otra parte, de acuerdo al tenor del art. 123 del CP, la evaluación de peligrosidad corresponde a un juicio a realizarse en la sentencia definitiva, por cuanto es en esta instancia donde se podrá evaluar con los efectos propios de la cosa juzgada si el sujeto, "en concepto del Juez", "se perfila (o no) como peligroso". El texto legal no deja lugar a dudas en el sentido de que es en la sentencia definitiva que puede determinarse esta peligrosidad, que habilita a extender el lapso prescriptivo. En consecuencia, el juzgamiento preliminar de prescripción también estará sujeto al dictamen definitivo, que sólo puede contenerse, explícita o implícitamente en la sentencia de condena, la que, llevando adelante esta última, desestima la excepción de prescripción oportunamente opuesta al contestarse la acusación, sin que nada obste al progreso de este agravio la circunstancia de haber sido material de pronunciamiento preliminar en la alzada.

Del mismo modo que la imputación de homicidio contenida en la sentencia de segunda instancia confirmatoria del pronunciamiento no ha impedido al Ministerio Público persistir - con plena facultad - en la propia desaparición forzada.

Consecuentemente con ello, la Defensa trae al agravio, en subsidio del pronunciamiento absolutorio que se pretende para la revocación de la condena, la cuestión de la prescripción, al que se funda en lo que parece la recta intelección de las disposiciones legales concernidas según se expondrá seguidamente.

La imputación de homicidio por la que condena el Juzgado refiere a un tiempo de comisión anterior a 1985, dado que el acaecimiento de los hechos se remonta a 1977 y 1978. Si se aplican a estos hechos los parámetros de prescripción que rigen o, mejor dicho, deben regir según el código penal vigente, la conclusión es claramente en el sentido de que, de haber existido los delitos imputados, éstos habrían de todos modos prescripto, cualquiera sea la forma en que el plazo sea contado (ya desde el hecho, ya desde la instalación del régimen democrático, en marzo de 1985): al momento del procesamiento del defendido habían transcurrido con suficiencia los 20 años señalados por el art. 117, nº 1 lit. a CP para que prescriban los delitos más graves..."-.

Abunda la Defensa sobre este aspecto "...parecería ser que si una vez fue peligroso, será siempre peligroso. El sujeto, según el último párrafo citado, una vez verificados en la comisión del hecho los parámetros señalados por el código (hecho en sí, antecedentes y naturaleza de los móviles), deriva una peligrosidad perpetua, más allá de que el contexto histórico haya cambiado, como, por otra parte, es obvio y notorio que cambió. Lo que parece decisivo, según la tesis en comentario, es que la persona, dadas las mismas circunstancias, sería capaz de actuar del mismo modo.-

Parece claro que la consecuencia de esta tesis es precisamente la contraria de la que se pretende extraer de ella: si la peligrosidad se proyecta hacia el futuro - como allí se admite - debe serlo sobre bases reales (no hipotéticas y, por otra parte, de imposible concreción) que permitan determinar que la persona actuó (o, pretendidamente, actuó) en las pautas del art. 123 CP, conserva la posibilidad actual de repetir el hecho y, consecuentemente, de mantener vivo en la sociedad el temor de repetición, que es, según texto, contexto y antecedentes, el propósito de la extensión prevista en la disposición citada. Porque es de eso que se trata la peligrosidad: de un pronóstico de probabilidad de repetición en el futuro de la conducta, porque - y esto que está claramente establecido en la ley está ratificado con igual claridad en las notas del

codificador. según se verá - el peligro es, no sólo posibilidad, sino, además, probabilidad objetiva de repetición de una conducta. Es por eso que se requiere el examen actual, en el sentido de establecer que el sujeto, en concepto del Juez se perfile como peligroso. Lo que supone que el Juez, desde el aquí y ahora, debe determinar si la persona que va a juzgar sería capaz de repetir la conducta. Naturalmente, a nadie parece habersele ocurrido que esto pueda suceder. Prueba de ello es que, para fingir la peligrosidad se acude, no al escenario actual, sino al escenario de entonces, el que, de ser trasladado al día de hoy, determinaría la misma actuación.

Con otras palabras: si el Sr. Larcebeau tuviera hoy la edad, el grado, el destino de entonces. Si hubiera en el país una dictadura como la de entonces y otra dictadura en el país vecino, como entonces, pues en tal caso el defendido repetiría la conducta.

Ahora, si el dictamen de peligrosidad depende del traslado del escenario de hace treinta años al día de hoy, ¿no se estaría hablando de culpabilidad, antes bien que de peligrosidad?. Porque una conclusión de peligrosidad, que para ser llevada adelante, requiera el largo traslado de más de treinta años desde el contexto en que ocurrió el hecho para sustituirlo por el actual, es, a la vez, confesión expresa de que, en el escenario de hoy la peligrosidad no se verifica y que, por lo demás, en el escenario de entonces la peligrosidad no es otra cosa que la culpabilidad, enteramente recostada a los sucesos del pasado. El contexto de entonces no puede ser traído a la realidad de modo indicativo sin deformarla, por lo que el recurso es hacerlo desde la combinación de los modos subjuntivo y condicional: si se dieran las mismas condiciones, la persona actuaría de la misma forma.

Pero, ¿es que no se dan las condiciones!

En el sistema que defiende el código en el art. 123 no se requiere una reiteración del contexto, porque a lo que alude el codificador, cuando habla del "perfil" de peligrosidad, es a una tendencia criminal denunciada por el

hecho, circunstancias y antecedentes, que no excluye su determinación por el Juez. Hay, en la disposición, algo más que una determinación objetiva de los elementos que permiten asentar un juicio de peligrosidad. Ellos, por sí solos no bastan si no perfilan al asesino peligroso que todavía puede mantener vivo en la sociedad el temor de la repetición del hecho.

No puede dejar de advertirse que esta tesis de la peligrosidad cristalizada al momento del hecho, que sólo puede actualizarse en condiciones de imposible repetición, conduce a sostener un derecho penal de autor, en la medida en que, a diferencia de lo que pretendía el codificador, que era establecer un Código de defensa social, donde la peligrosidad, si bien baremo decisivo para la pena, la medida de seguridad y la prescripción del delito, podía variar respecto del sujeto a quien se refería, aquí se perfila un sujeto peligroso para siempre, porque su condición de tal no depende de la realidad de las circunstancias que la diagnosticaron, sino, además de un juicio de potencialidad y de probabilidad de su reiteración.

La peligrosidad, como objetiva probabilidad de que una persona delinca, está anclada a bases reales y actuales: en las actuales circunstancias, es presumible o probable que la persona pueda repetir el delito. Lo que seguramente ni siquiera al propio codificador se le ocurrió es que la peligrosidad se pudiera vincular a circunstancias hipotéticas, en el sentido de que si se diera determinado contexto (cuando no se da, ni puede darse) el delito se repetiría..."-.

Si se ha entendido bien, la argumentación es en el sentido de que no se trata, a los efectos del art. 123 CP, de realizar un pronóstico de peligrosidad "en un momento específico y futuro", por cuanto en tal caso las pautas legales contenidas en la disposición, para evaluar la peligrosidad, estarían demás y habría bastado "señalar que el tema radicaba en la peligrosidad del partícipe, como normalmente se regula este aspecto criminalístico para su valoración judicial..."

Pero es que, precisamente, de lo que se trata no es de una valoración puramente legal, sino de una valoración judicial: si la enumeración de los elementos que permiten fundamentar la peligrosidad fuera en sí misma suficiente, ningún sentido tendría cometerle al Juez la determinación adicional de si el sujeto se perfila como peligroso.

Se advierte que en la fundamentación en examen se da por determinado, invocando el carácter automáticamente revelador de los parámetros legales (hecho en sí mismo, antecedentes, naturaleza de los móviles), precisamente lo que la ley manda determinarse.

En consecuencia con la tesis postulada, en el voto en comentario se establece: "El término de la prescripción quedó limitado al comienzo de la consumación y allí se evidenció que los responsables fueran éstos los indagados o cualquiera otros eran... sujetos peligrosos."

El subrayado en "eran" no es original, pero permite advertir una vez más que el centro de gravedad de la argumentación radica en la afirmación según la cual el término de la prescripción queda delimitado en el momento mismo de la consumación, por cuanto ésta, con sus circunstancias, determinaría que los sujetos que cometían tales delitos "eran peligrosos" (el pretérito imperfecto lo utiliza la sentencia en comentario).

El empleo de la conjugación verbal en un tiempo del pasado ("eran peligrosos") está en plena contradicción con el propio criterio que la ley manda aplicar: no la peligrosidad pasada, sino la peligrosidad actual, esto es del pronóstico de repetición de hecho que pueda hacer el Juez, teniendo en cuenta la gravedad del delito, los antecedentes y los móviles. En otras palabras: el dictamen del Juez acerca de si el sujeto "se perfila" o no como peligroso.

La mayor o menor peligrosidad que la persona entonces tenía en nada ayuda para sobrepujar el lapso de prescripción.

De modo que este pronóstico no admite el tiempo pasado: el haber sido peligroso tiene más de anecdótico que de jurídico; el ser peligroso es, en el

sistema del código, el fundamento de la pena en el art. 86, de la medida de seguridad en el art. 92 y del suplemento de prescripción en el art. 123. Esta es la letra clara de la ley, pero si alguna duda cupiera bastaría consultar las notas del codificador, que se comentarán en su lugar, para despejarla.

El criterio que se impugna, según el cual el sujeto, al momento de cometer el delito "era peligroso", lleva en sí la alquimia jurídica de prescindir del criterio de la culpabilidad a favor de la peligrosidad, esto es, la práctica precisamente contraria que había venido sosteniendo la jurisprudencia uruguaya, quien, ante la gravedad del hecho en sí mismo, la naturaleza de los móviles y los antecedentes personales, antes que ver a un sujeto peligroso (esto es, un responsable hacia el futuro, por los hechos que pudiere cometer) había visto siempre a un sujeto culpable, esto es, una persona responsable por sus actos cometidos en el pasado.

De este modo, la pena, en cuanto a su fundamento y extensión, se dictaba de conformidad con el régimen de los arts. 18 y concordantes del Código Penal, que expresan el principio de culpabilidad contenido en el art. 72 de la Constitución y no en el de la peligrosidad indudablemente promovido por el art. 86 del CP. Puesta a elegir, la jurisprudencia siempre optó por la certeza derivada de la culpabilidad, por el hecho cumplido, que por la incertidumbre de una peligrosidad, que dibuja un derecho penal de autor, sin responsabilidad por hecho pasado, sino de temor por los que realice en el futuro. La jurisprudencia siempre ha tenido oportunidad (propiciada ciertamente por los textos constitucionales, art. 7 y 72 de la Carta, entre otros, responsabilidad por el hecho pasado, cumplido) ha realizado la aludida conversión, desde la peligrosidad a la culpabilidad.

Pero para casos como el que se juzga, la solución ad hoc es precisamente la contraria y transita en dos etapas: primero se le da el nombre de peligrosidad en el pasado (era peligroso) a lo que habitualmente los jueces llaman culpabilidad.

Sin embargo, en la lógica de las conclusiones de la sentencia en análisis, se advierte que se pone la peligrosidad revelada por el sujeto en el pasado en el lugar de la culpabilidad. Este elevó conceptual podría ser intrascendente si el dictamen de peligrosidad se mantuviera en el pasado. En tal sentido, sólo cabría lamentar que el Tribunal llamara peligroso a quien, con más propiedad constitucional, debería haber llamado culpable..."-.

Seguidamente sostiene la Defensa que "...Seguramente, esta suerte de arte de birlibirloque, según el cual, primero se transforma en peligrosidad a la culpabilidad por hechos ocurridos hace más de treinta años y, luego, en forma igualmente inadmisible, se "traslada" el producto de esa conversión hacia una transformación en peligrosidad actual, habría escandalizado al propio codificador, para quien el alcance de las normas sobre peligrosidad (con todo lo excedidas, cuestionables y cuestionadas que puedan ser) estaba limitado a la existencia de un sujeto peligroso. En defecto de este diagnóstico, en el sistema del código, ninguna norma represiva resulta justificada.

Fiel al concepto de peligrosidad, el codificador, en efecto, sostiene que el tiempo normalmente labra el recuerdo del delito y desvanece la peligrosidad social del agente. Salvo que, un examen actual de peligrosidad, el Juez concluya que esa peligrosidad se mantiene.

El pasado, en sí mismo, ni siquiera en la concepción radical del codificador, puede determinar el pronóstico de peligrosidad, esto es, de la probabilidad de que el sujeto repita la conducta o cometa nuevo delito. De otra manera, el art. 123 del CP habría prescindido del examen que comete al juez, respecto a si los extremos indicados perfilan un sujeto peligroso, limitándose a establecer que la gravedad del delito, la naturaleza de los móviles y los antecedentes elevarían, con su mera presencia, el lapso de prescripción.

Notoriamente, la ley no hace eso, sino que, en función de esos datos comete al Juez la realización del diagnóstico de peligrosidad.

Ya es malo de por sí la utilización del concepto de peligrosidad cuando ésta existe; mucho peor es invocarlo allí y cuando ésta realmente no existe.

Por cierto, las afirmaciones expuestas pueden demostrarse con el texto, el contexto y los antecedentes del código. Sobre lo inequívoco del texto, ya se ha dicho lo suficiente, así como la relación de excepcionalidad del art. 123 respecto de la fórmula general y de principio de art. 117.

Esta voluntad manifiesta en la letra de la ley, se corresponde con los comentarios acordes del codificador, según los cuales el sentido de la elevación del término prescriptivo lo es respecto de aquellos sujetos que, por su peligrosidad, mantienen vivo en la población el sentimiento de inseguridad: "la pena debe ser relativamente próxima al delito, porque pasado cierto tiempo la sociedad no comprende su aplicación, a menos que el sentimiento de peligro se mantenga colectivamente vivo por la ejecución de nuevos delitos" (nota al art. 117 del CP).-

Y en la nota al art. 123 del CP: "He considerado conveniente asimilar a los homicidas peligrosos que en el Código italiano se denominan de tendencia, a los reincidentes y habituales".

Quiérase o no, la disposición conecta la elevación del lapso de prescripción a una única y exclusiva circunstancia: el perfil de peligrosidad, vinculado a un "asesino de tendencia", porque en tales casos, efectivamente la peligrosidad derivada es capaz de mantener colectivamente vivo el sentimiento de peligro por la ejecución de nuevos delitos.

Y esto es no solamente acorde con la letra de la ley, con la opinión del codificador, sino con la sistemática del código. En efecto: cuando el código sujeta la prescripción de delitos castigados hasta con treinta años de penitenciaría al lapso de veinte, sin duda - o, mejor necesariamente - ha tenido en cuenta la "gravedad del hecho en sí mismo", "los antecedentes" y "la naturaleza de los móviles" , lo que indica que, no obstante ellos, el delito prescribe a los veinte años..."-.

En conclusión solicita la absolución de Juan Larcebeau.-

6) Que de fojas 12.837 a 12.851, 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 en cuanto a los agravios de la Defensa de Alavarez: "...Comenzando por el argumento final, que en verdad es el determinante, no es ajustado a las resultancias de autos afirmar la presunta responsabilidad de Gregorio Alvarez en una omisión impropia. Baste recordar el concepto de "mando" que se encuentra transcrito en la sentencia, definido en el artículo 85 de la Ley Orgánica Militar N° 14157: "mando es todo aquel que tiene la facultad de decidir y ordenar dentro de lo establecido por las leyes y reglamentos militares."

Probado está que en ese entonces, en el marco del gobierno dictatorial, existía un ordenamiento piramidal, del cual partían las decisiones y las ordenes de ejecución, y del que el encausado formó parte, desde su condición de Jefe del Estado Mayor Conjunto, como Comandante en Jefe del Ejército y, por tanto formando parte de la Junta de Comandantes en Jefe (momento que indagamos aquí); más tarde como Presidente de facto.

Los sujetos que detentaron el mando no pueden ser entonces responsables por omisión, no es que supieran lo que sucedía y no hicieran nada para impedirlo. Hubo políticas trazadas que se instrumentaron, verdadero terrorismo de estado que, con ese temperamento de la Defensa, no reconocería autor, solamente funcionarios que toleran o ignoran el horror de los subordinados, o de bandas aisladas.

Acerca del conocimiento de los hechos que se investigaron en autos, es necesario precisar que estamos abarcando un determinado período de tiempo, en el cual el General Alvarez asumió voluntariamente la conducción del Ejército, y su puesto en la Junta de Comandantes en Jefe, sin perjuicio de relevar también, con lo documentos incorporados, el papel preponderante que

tuvo en todo el transcurso de los llamados "gobierno cívico - militar" y "combate a la sedición".

La "asunción de responsabilidad" del multicitado documento 7777/78 no es una mera "declaración política", sino la clara señal de que estaba al tanto de lo que eufemísticamente llamaban violaciones a los derechos humanos, de las cuales parecía enorgullecerse, como un servicio a la patria. La prueba diligenciada a solicitud del Tribunal de Apelaciones de 2º Turno deja en claro que se habría tratado de una decisión del propio Alvarez, motivada por su percepción personal del mando, de lo que era correcto o incorrecto. No eran, por cierto momentos para "declaraciones políticas", ni correspondía que el titular del mando las hiciera. Un militar en ejercicio, en el cargo de Comandante en Jefe sólo podía enviar a sus subordinados el mensaje que de acuerdo a su rango le competía.

La concreta referencia a la compartimentación, del comunicado de marzo, respondió, y eso también está probado, a diferencias internas que culminaron más adelante con episodios conocidos. No indica, en modo alguno, que antes no se enviaran los partes a los superiores con indicación de las operaciones realizadas. Cuando el General Alvarez asumió, ya tenía el Comando del Ejército la comunicación firmada por Gavazzo relativa a la captura de los argentinos y en especial de De Gregorio y sus implicancias, aunque ese nombre no esté mencionado específicamente. Todo esto fue detallado en el Capítulo relativo a la prueba y, para desvirtuarlo, no bastan conjeturas, ni ensayo de probabilidades..."-.

En otro aspecto se refiere a "...La crítica acerca de los conceptos de autor mediato, expresando su opinión de que no resulta equiparable con la teoría del dominio del hecho, no invalida, a mi entender, el razonamiento expuesto en la sentencia.

En ésta se trajeron a colación diversas opiniones jurisprudenciales en las que se desarrolla la posición de un grupo de poder, desplegando un plan represivo,

que supuso la realización de acciones delictivas, ejecutadas por sujetos integrantes de una cadena de mandos. El sentenciante marcó también la figura de la autoría mediata en nuestro Código Penal, y la del coautor por instigación (art. 61 Nal. 1º)

En las hipótesis del artículo 61 prenombrado, es que la Fiscalía consideró más adecuado encuadrar la conducta de ambos encausados (con las lógicas diferencias derivadas de su cargo y de los hechos probados en cada caso), si que esto signifique desconocer la existencia de un "aparato organizado de poder", en el que hubo roles asignados y conductas asumidas en las operaciones efectivamente cumplidas.

Es cierto que la autoría medita, tal como señala la Defensa presupone una actividad de determinación que debe ser previa la comisión del delito y que incide como verdadera causa moral del mismo. Y justamente es un tema probatorio, de que forma el General Gregorio Alvarez y sus secuaces, pergeñaron la aplicación de la doctrina de la seguridad nacional, como encararon la represión tal vez de todo movimiento subversivo en sus comienzos, y de cualquier opositor a sus designios en definitiva.

Esa prueba está reunida en trabajosa instrucción y resulta de los propios documentos emitidos por las Fuerzas actuantes, de los recopilados por la Investigación Histórica sobre Detenidos Desaparecidos realizada por el poder Ejecutivo en cumplimiento del art. 4º de la ley 15.848, de la Investigación Parlamentaria sobre Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron, de 1985, de los testimonios de los sobrevivientes, de documentación extraída de la República Argentina, de las propias publicaciones de la Junta de Comandantes en Jefe en el período dictatorial ("Las Fuerzas Armadas al Pueblo Oriental") y documentación emanada de los Ministerio de Defensa, Interior y Relaciones Exteriores, de cuño oficial. El estudio y sistematización de esa prueba es la que lleva a afirmar cual pudo ser el grado de

determinación que ejercitó de hecho, el entonces Comandante en Jefe del Ejército

No se advierte, sin embargo, un análisis y refutación de dicha prueba, que es por cierto abundante..."-.

Por otro lado en relación a los agravios de la Defensa de Larcebeau indicó: "...Como primera cuestión, debo reafirmar que, como representante del Ministerio Público en esta causa, lo único que mantengo en el terreno de la duda es el como y el cuando culminó el procedimiento, no la circunstancia de que estas personas, cuyo destino se investiga, hayan sido ilegalmente detenidas, confinadas en centros clandestinos y hoy permanezcan desaparecidas de la faz de la tierra.

No es posible introducir la confusión derivada de esa incertidumbre para desvirtuar la incriminación formulada en definitiva. Lo que se consideró probado en el caso de Larcebeau, fue su activa participación en los procedimientos que culminaron con la desaparición de un grupo de prisioneros. No es por cierto posible - ni necesario - discriminar que en la presunta muerte de cada uno de los sujetos que secuestró el grupo operativo, el ejecutor directo fue Larcebeau, un subordinado u otro miembro de la coordinación represiva que él integraba. Lo que sí resultaba exigible era determinar cual fue su actividad en la concreta acción que se prolongó desde 1977 a 1978 y tuvo como resultado la aniquilación de los grupos opositores que se ubicaban y conectaban entre Uruguay y Argentina.

Acciones que se realizaban en la clandestinidad, no hubo misiones oficiales, ni asignación de funciones en otro país, ni órdenes escritas que puedan ser exhibidas. Precisamente porque esas órdenes consistían en secuestrar, interrogar bajo tortura por períodos prolongados, en algunos casos trasladar los prisioneros a Uruguay y en otros dejarlos en los "chupaderos" para que corrieran la misma suerte que los argentinos.

La forma como fue "trasladado" el grupo de uruguayos sacados del Pozo de Banfield en el mes de mayo de 1978, sugiere claramente que pudieron estar

destinados a un "vuelo", de los que describe Scilingo. Esa circunstancia, obviamente no configuró una simple "omisión" de los responsables uruguayos, sino la ejecución del plan preconcebido que unía a los países del Cono Sur.

Por tanto, no hay ficción alguna, solamente argumentación tendiente a englobar la desaparición forzada o los homicidios de los secuestrados en el contexto de los operativos de aniquilamiento, que están suficientemente probados. También están acreditadas las funciones que cumplía Larcebeau, en ambos márgenes del Río de la Plata, su actuación en las operaciones combinadas, el alto concepto que de él tenían en Argentina por su desempeño (por supuesto que en ese tipo de acciones) y su identificación por los sobrevivientes detenidos en Montevideo.

No sostuvimos la autoría por propia mano. Imposible hacerlo, aún cuando puede haber acaecido. Ello deriva de la propia naturaleza de los procedimientos, de la clandestinidad con que se operaba, del ocultamiento de pruebas. Si nos manejáramos con detenciones documentadas, con prisioneros registrados de acuerdo a las normas del Derecho Internacional Humanitario, de ejecuciones ordenadas por los mandos, aún con juzgamiento sumario, sencilla sería la tarea de ubicar a responsables directos..."-.

Sobre los agravios referidos a la prueba de cargo contestó el Ministerio Público "...En las consideraciones que formuló la defensa sobre la prueba producida, luego de una extensa cita de la sentencia, concluyó, sin más, que "no existe prueba alguna de participación del Sr. Larcebeau en actos ejecutivos o generativos de la decisión de dar muerte a las personas por cuya muerte es imputado".

Partiendo de esa premisa, analizó aisladamente algunas de las probanzas reseñadas, en primer lugar del caso de De Gregorio. Supuso que si estuvo presente en el interrogatorio de éste en Buenos Aires "más bien parece ratificar que ella se debía a la búsqueda de información, pero no refiere a una persona desaparecida ni a situación en la cual pueda endilgársele la muerte del

mismo". Pues bien, acreditado está también que la detención de De Gregorio y su entrega a las autoridades argentinas se dio en el marco de la ubicación de militantes de los GAU, en un procedimiento en que directamente intervino el Fusna, que De Gregorio fue brutalmente torturado allá y murió después a causa de esos tormentos, que hubo coordinación represiva en torno a esa detención, así como a las anteriores y posteriores, que en esa misma época se secuestró a argentinos en Uruguay y a uruguayos en Argentina, que hubo intercambio de prisioneros, de información y de actas de declaraciones.

La ubicación de Larcebeau en el interrogatorio de De Gregorio (acompañado de otro oficial uruguayo, seguramente del Ejército), no se separa pues de los hechos que lo motivaron, ni de los viajes que realizaba a Argentina, ni de la operativa más amplia en al que se enmarcaron.

No hubo forma de identificar a los uruguayo que operaron en los centros clandestinos de Argentina, ya fuere porque éstos estaban encapuchados, porque no se dejaban ver, porque las personas que se encontraban prisioneras estaban también encapuchadas o vendadas. Salvo descripciones aisladas (no disponemos de fotos de la época, que fueron pedidas al Ministerio de Defensa), es muy difícil que pueda hacerse un reconocimiento fiable, a más de treinta años.

Precisamente por eso, no debe hacerse hincapié en que nadie nombre específicamente a Larcebeau, presente en los centros de detención de Argentina. Toda la prueba es indiciaria, y también documental, tomada de su propio legajo funcional. Tampoco puede resaltarse que "la totalidad de las personas denunciadas como desaparecidas, fueron, detenidas en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina". El matrimonio Grispon - Logares, con su pequeña hija, fue apresado en Montevideo, luego de una vigilancia, llevados al mismo centro donde estaban otros ciudadanos uruguayos (Pozo de Banfield) y de allí desaparecieron.

Hubo errónea remisión a la declaración de Juan Fransisco Fontoura (fs. 593 a 599), afirmando que éste relató haber visto a detenidos comunicándose a

través de golpes en las paredes, en "Pozos" de Buenos Aires, y ubicándolo como detenido en ese lugar. Fontoura no estuvo detenido, su narración refirió a las peripecias sufridas en Buenos Aires cuando, a través de personas conocidas, trataba de ubicar a su hermano y a su cuñada, en un clima de intimidación evidente..."-.

Agregó la Sra. Fiscal "...Cuando se afirmó que "sólo una testigo" Marta Alicia Enseñat manifiesta que "una persona que no identifica" dice haber escuchado los nombres de Cabezudo, Castro Gallo y Río Casas de boca de los militares, incurrió también en inadvertencia. La persona que dijo haber visto a estos detenidos desaparecidos en La Tablada fue Gallero, cuyo testimonio está glosado, ratificó declaraciones anteriores prestadas en otros ámbitos, es completa y fue sopesada debidamente. Debe ser la persona que más adelante el señor defensor mencionó como "otro testigo".

Toda la coordinación de la Marina con el Ejército fue descrita en la prueba recibida, cómo efectivos de las dos Armas fueron vistos en los operativos, en especial se debe relevar lo que surge del arribo a La Tablada y la identificación de marinos por detenidos.

Las actas de interrogatorios que fueron halladas en el Fusna, correspondiéndose con detenidos desaparecidos en Argentina son prueba fehaciente de esa conexión. Como bien dijo la Defensa, en referencia al Fusna "menos sentido tiene que el mismo conservara las actas de interrogatorio en Argentina" (fs. 12.825 v.). Es correcto, si no hubo traslados de marinos del Fusna a Argentina, ni de detenidos a Uruguay ¿Con qué motivo se guardaban en el Fusna esas copias de declaraciones? Las actas agregadas con posterioridad al auto de procesamiento, complementando el informe del Comar, revelaron que en el caso Fernando Martínez Santoro, éste permaneció con vida luego de que se sugiriera su "DF", volvió a ser interrogado, su nueva declaración estaba guardada en el Fusna y Rosa Barreix afirmó haberlo visto. ¿En Uruguay o en Argentina?. También aparecieron nuevas declaraciones de

Corchs Laviña, que seguía vivo, al cual Rosa Barreix también hizo referencia, según consta en sus declaraciones ante el Fusna. Ahora se sabe que por ese entonces era visto en los Pozos de Banfield y Quilmes y esta desaparecido.

De la misma forma pueden enumerarse las actas de declaraciones de otros detenidos desaparecidos que eran interrogados en Argentina por uruguayos (según testimonios), los que viajaban a esos efectos, sus declaraciones estaban archivadas en el Fusna y ellos desaparecieron.

En ese momento Juan Carlos Larcebeau era el Jefe S2 del Fusna, lo que pone esos hechos bajo su esfera de decisión..."

En lo vinculado al grado de participación manifestó que "...Sobre el modo de participación imputado es del caso puntualizar que la sentencia atribuye los delitos, en calidad de autores, en tanto la Fiscalía lo hizo como coautores, por las razones y fundamentos expuestos de fs. 12.627 a 12.629, además de los de fs. 4101/4103 del dictamen N° 1914/07, que pido se tengan por reproducidas en lo pertinente.

En ese sentido, tenemos presente que "el dominio del hecho no puede ser concebido desde una caracterización amplia del fenómeno, lo que obedece a que siempre el dominio del hecho se presenta en forma concreta, que puede ser la de dominio funcional del hecho o de dominio de la voluntad. (a) El "dominio de la acción" es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano,(b) el dominio funcional del hecho es la idea central de la coautoría cuando se presenta en la forma de una división de la tarea en la etapa ejecutiva; y (c) el dominio de la voluntad es la idea decisiva de la autoría mediata y es el que tiene lugar cuando se domina la voluntad del otro, sea por necesidad o por error ". (Zaffaroni E.R., Alagaia A. Slokar A. Derecho Penal Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 742).-

Conforme a nuestro ordenamiento positivo, los términos en que fueran concebidos los respectivos numerales del art. 61 del Código Penal, permiten abarcar las diversas hipótesis, tanto la de aquellos que, desde una posición de

poder, determinan a otros a cometer el delito, como los que proporcionan la cobertura institucional y los medios materiales para llevarlo a cabo, los que tomaron a su cargo todas o parte de las tareas propias de la consumación, así como los que cooperaron a la realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no hubiera podido cometer.-

Por tal motivo, y sin perjuicio de reconocer que las posiciones que afirman la autoría mediata en este tipo de delitos tiene sólido fundamento teórico, me inclino por la imputación a título de coautoría..."-.

Por último, la Fiscalía contesta el agravio relacionado con el término de prescripción, a saber: "...Una vez más la defensa insistió con la prescripción de los delitos imputados. El Tribunal de Apelaciones se había expedido en su momento, estableciendo la procedencia de adicionar el tercio previsto por el art. 123 del Código Penal.

Posteriormente, y en otra causa, los señores defensores de Ricardo Medina ocurrieron ante la Suprema Corte de Justicia reclamando la inconstitucionalidad de la disposición citada. El punto ha sido, pues, extensamente debatido, la excepción rechazada y esta Fiscalía debió pronunciarse en más de una oportunidad. En consecuencia, para no incurrir en reiteraciones, solamente transcribiré algún párrafo de la argumentación utilizada, que por otra parte se apoyó en la excelente sentencia del mismo Tribunal de Apelaciones de 2º Turno, en la Sentencia Nº 70, de 26 de marzo de 2006, dictada en los autos: "Bordaberry, Juan María; Blanco, Juan C., Suprema Corte de Justicia, testimonio sobre secuestro y etc. de Gutiérrez Ruiz y Michelini, Exp. 100-10592/85", donde se hizo un certero y pormenorizado análisis sobre el sentido del art. 123 citado, y su alcance, para casos similares al presente.

Entre otros argumentos, en el voto del doctor William Corujo se sostuvo que "...El sujeto peligroso es el vinculado a las pautas del artículo 123 que atañen al pasado, que permite 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 adquiera el sujeto en el mismo contexto histórico; vale decir, si sería capaz de actuar del mismo modo en las mismas circunstancias" (omsissis) .." 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..."

Claramente la aplicación del artículo 123 en cuanto término de prescripción de los delitos imputados en autos, ingresa en la que el Dr. Gómez Tedeschi caracterizaba como segunda hipótesis, donde el acento no se pone en el delincuente, sino en el hecho criminal, exclusivamente, con prescindencia de la identificación del sujeto activo.

De la misma forma en que la Defensa insistió en desestimar el concepto de peligrosidad para postular la prescripción del delito, la Fiscalía también se permitirá volver sobre su posición de que estamos ante delitos de lesa humanidad y por lo mismo imprescriptibles..."-.

A su vez el Ministerio Público expresó sus agravios manifestando: "...Adhesión a la apelación. Expresión de agravios. Aún teniendo presente cual ha sido la posición del Tribunal de Apelaciones en lo Penal que habrá de intervenir en la alzada, no puedo menos que persistir en la posición que me parece más ajustada a las resultancias de autos.

Por consecuencia, sigo postulando que la figura que mejor se adecua a los hechos investigados y probados en autos es la de la Desaparición Forzada, descripta en el artículo 21 de la ley N° 18.026. En el dictamen acusatorio expuse argumentos a los que me remito, porque carece de sentido repetirlos aquí (fs. 12.607 a 12.624).

En la sentencia interlocutoria N° 352 de fs. 4676 y sigs. descartó el Tribunal la aplicación de la hipótesis comisiva, que a mi juicio procede, por tratarse de un

delito permanente, que se sigue cometiendo hoy día. La resolución parte de la base de que el acto que inicia la ejecución del delito de desaparición forzada es la privación de libertad del sujeto y que la perduración del momento consumativo no es ni más ni menos que la consecuencia necesaria y lógica de ese acto de privación de libertad. Por ello, la norma aplicable, sería aquella que estaba vigente al momento en que empieza a ejecutarse el delito.

En mi opinión (fs. 12.612) esa conducta inicial (secuestro) no es sino la etapa del iter criminis y las posteriores, que necesariamente requiere la figura, se siguen configurando hoy día. La naturaleza de delito de desaparición forzada, supone que el ilícito está cometiéndose en este momento. Esto es lo que significa que "Todo acto de Desaparición Forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos", (Declaración de las Naciones Unidas, art. 17). No parece que deba confundirse el delito permanente, con el de resultado permanente o continuo, y extender así los efectos de un inicial secuestro al presente, puesto que la complejidad de la figura amerita diferente tratamiento.

Actualmente "Los esfuerzos para adaptar el derecho penal interno al derecho penal internacional y especialmente al Estatuto de la CPI, tienen en consideración que la persecución estatal de los crímenes de derecho penal internacional es de vital importancia para el sistema internacional de justicia penal. El Estatuto de la CPI reconoce explícitamente la idea de una Administración de Justicia descentralizada. Según el art. 1 de la CPI, la Corte Penal Internacional "tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La Corte Penal Internacional no reemplazará sino que complementará los esfuerzos de los órganos judiciales internos de hacer comparecer ante la justicia a los responsables de los crímenes de derecho internacional. Más bien, incluso después de la instauración de la Corte Penal Internacional, la aplicación (indirecta) del derecho penal internacional mediante los tribunales nacionales sigue siendo la espina dorsal del sistema de

justicia penal internacional". "Sin embargo, el Estatuto de la CPI no establece ninguna obligación de incorporar sus preceptos en el derecho interno. En este aspecto se diferencia del resto de los tratados internacionales en materia penal. Ni los preceptos del Estatuto ni el antes mencionado principio de complementariedad obliga a los Estados partes a promulgar leyes penales o a "copiar" el Estatuto de la CPI. El límite establecido por el Estatuto consiste en que el Estado esté dispuesto a llevar a cabo un enjuiciamiento y en condiciones de hacerlo. Es obvio que el hecho de que la definición del delito en el derecho interno varíe en algún modo en relación con el correspondiente crimen de derecho internacional no va a impedir en sí que el Estado persiga el hecho. Por consiguiente, el Estado es flexible en cuanto a la incorporación de las definiciones de los crímenes de derecho interno de los Estados. En los supuestos en los que el castigo, conforme a la ley interna, no sea factible o adecuado la posible "sanción" será que la Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia sobre el caso" (Werle Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 148 y sigs.).-

Hay entonces opciones para llevar a cabo la implementación, y los Estados gozan de una gran discrecionalidad sobre la forma de implementar el derecho penal internacional de carácter material (cfr. Werle, op. cit.) Nuestro país lo hizo mediante el dictado de la ley N° 18.026, de 25 de setiembre de 2006, procurando "compatibilizar nuestro derecho interno con la exigencia ética e histórica de nuestra sociedad, en prevención de que nunca más ocurran los desvíos y abusos de poder por parte de un Estado que violó impunemente los más elementales derechos humanos durante la dictadura militar" y además aprovechar la oportunidad para "cumplir con las obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos" en relación con "otros crímenes internacionales y violaciones al derecho internacional humanitario" (Exposición de motivos).

No puedo, por consiguiente, estar de acuerdo con la calificación de "defectuosa copia del Estatuto de Roma", porque de lo que se trata es de hacer uso del derecho de implementar el tratado. Que es ley sancionada por unanimidad en el Parlamento Nacional..."-.

Asimismo se tiene en cuenta que la definición legal contenida en el art. 7.2 i) del Estatuto de la CPI, se basa en el Preámbulo de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la desapariciones forzadas y que desde un punto de vista objetivo el tipo diferencia dos alternativas de actuación: la privación de libertad y la negación de información. "La privación de libertad debe llevarse a cabo por encargo o con el consentimiento de un Estado o de una organización política" ... "Dar conscientemente información. No es preciso que sea el propio autor de la privación de libertad quien no conceda la información". "La segunda alternativa de acción viene constituida por la negación de la inmediata información posterior al secuestro o a la privación grave de libertad." .. "Sin embargo, la segunda alternativa de acción sólo se cumple cuando la negación de información se produce por orden de un Estado o una organización política o cuando el autor, por iniciativa propia participa voluntariamente en una política estatal de desapariciones lesionando al mismo tiempo un deber jurídico de informar". (Werle, op. cit, págs. 410 a 411).-

A ese deber jurídico de informar es que hice referencia en dictámenes anteriores. Que debe ceder, para un funcionario del Estado, a la genérica facultad de no declarar en su contra.

Por tanto, la hipótesis omisiva no sólo resulta de recibo - es una de las modalidades típicas de la figura -, sino que en mi criterio debe dársele la trascendencia que en este estado de las investigaciones requiere.

No concuerdo tampoco en que carece de necesidad profundizar el debate teórico, puesto que existe concordancia en el hecho de que todos los desaparecidos están muertos. Esta afirmación debería de estar acompañada por la condigna información a los familiares, o a la sociedad toda, acerca de

que se hizo con esas personas, como se las mató, donde las enterraron o que hicieron con sus restos.

La prolongación de la angustia, la necesidad de saber es la nota que distingue a la desaparición forzada del homicidio. El Estado no los declaró muertos, sino ausentes por desaparición forzada. Ese reconocimiento de una dolorosa realidad en la órbita civil parece no encontrar la misma respuesta en la sede penal..."-.

Posteriormente abunda "...El desconocimiento del juzgador de la categoría del detenido desaparecido supone desplegarse de una realidad que permanentemente nos golpeará, que volverá a aparecer aunque el derecho se empeñe en desconocerla. Es para recordar siempre la definición de Abuelas de Plaza de Mayo: "La condición de "desaparecido" esta dado por lo que de él se ignora (su cautiverio, su muerte, el destino de sus restos y, en los casos de quienes transitaron los campos de concentración y no fueron identificados, quienes eran). Lo que se ignora, la negación es lo que los define". (en [http // www.abuelas.org.ar/archivo.htm](http://www.abuelas.org.ar/archivo.htm)) ...".-

7) A fojas 12.851 vta. se confirió traslado de la adhesión a la apelación, el que fue evacuado de fojas 12.853 a 12.863 por la Defensa de Alvarez, mientras que de fojas 12.865 a 12.867 vta. hizo lo propio la Defensa de Larcebeau.

La Defensa de Alvarez expreso que "...En cuanto al tema de la calificación en la especie del delito de desaparición forzada de personas, nos remitimos también a lo ya expresado al apelar el auto de procesamiento..."-.

Por su parte, la Defensa de Larcebeau manifestó que "...Seguramente, la razón principal, en si misma suficiente, es que la pretensión fiscal desconoce gravemente el principio de legalidad, en la medida en que propone al aplicación de normas posteriormente incriminatorias a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia. El art. 7 de la Constitución no deja lugar a dudas en el sentido de que sólo la ley (no la costumbre internacional) puede crear delitos. Y cuando los crea, la aplicación de la ley penal se ha de realizar hacia hechos futuros, no hacia conductas que, en el peor de los casos para el

defendido, esto es, de que se considere probada su existencia, habrían tenido lugar y cesado 30 años antes de la promulgación de la ley cuya aplicación se pretende.

Por otra parte el Ministerio Público parece concordar con la afirmación de que las personas desaparecidas han fallecido, según se lee a fs. 12849 vta.-.

"No concuerdo tampoco en que carece de necesidad profundizar el debate teórico, puesto que existe concordancia en el hecho de que todos los desaparecidos están muertos. Esta afirmación debería de estar acompañada por la condigna información a los familiares, o a la sociedad toda, acerca de que se hizo con esas personas, como se las mató, donde las enterraron o que hicieron con sus restos.

La prolongación de la angustia, la necesidad de saber es la nota que distingue a la desaparición forzada del homicidio. El Estado no los declaró muertos, sino ausentes por desaparición forzada. Ese reconocimiento de una dolorosa realidad en la órbita civil parece no encontrar la misma respuesta en la sede penal..."

Sin duda, la ignorancia de las circunstancias de la muerte de las personas, así como del destino de sus restos, en una dolorosa realidad. Pero ella no desmiente, sino que, por el contrario, ratifica, la conclusión de que dichas personas han fallecido, con lo cual, más allá de la pretensión ilegítima del Ministerio Público de aplicar una ley ulterior a hechos que habrían acaecido treinta años antes, el presupuesto de permanencia del delito, a cuya ficción se pretende amparar el planteo fiscal, decae ante la certeza del fallecimiento.

Esto impide también que se considere la variante que pretende introducir el Ministerio Público en su apelación, en el sentido de que se considere la imputación de desaparición forzada en base a la hipótesis omisiva del art. 21 de la ley 18026, cuya configuración no le parece incompatible con la actuación comisiva del defendido, que hasta ahora venía proponiendo, con lo que ahora parece agregar nuevos elementos de incertidumbre respecto de la actuación del Sr. Larcebeau. Porque, véase una de dos: si el defendido tuvo

una conducta activa en los hechos constitutivos de la desaparición (como lo ha propuesto invariablemente la Fiscalía), la negativa a informar sólo podría hacer parte integrada al tipo penal activo (como efectivamente lo está en él).- Pero ahora parece proponerse una arbitraria separación de conductas, de modo que al Sr. Larcebeau sólo se le responsabilizaría por la hipótesis omisiva, esto es, por la simple negativa a informar sobre el destino de los desaparecidos. En el planteo fiscal, el defendido nunca tiene la suerte de encontrar un tipo adecuado a la conducta que se le imputa: o se construye una quimera jurídica con actos del pasado regulados por una ley del presente o se sustituye la quimera anterior, según la cual se amputaría toda la conducta pasada y se trasladaría toda la imputación a una omisión de informar, transcurrida bajo la ley presente, con lo cual viene a instituir nuevos desajustes jurídicos, uno de los cuales, y no menor, es por qué razón, si el defendido participó en los hechos (naturalmente que siempre en la tesitura fiscal), debería incriminarse, contra la disposición clara del art. 22 de la Constitución, recogida en la ley y en los Pactos.

Perplejidades de esta índole parecen mostrar que el Sr. Larcebeau, más allá de todo prueba y de todo principio dogmático, debe ser incriminado, aunque para ello deba construirse un monstruo jurídico digno de la admiración del Dr. Frankenstein.

Por lo demás, corresponde insistir en la anterior argumentación de la Defensa: Con independencia de ello, el carácter permanente del delito de desaparición forzada de personas no deriva exclusivamente del mantenimiento de la situación de desaparición de la víctima, sino de algo más preciso: de la evidencia de que, respecto de ella, el agente mantiene la situación de consumación. Esto es, de la privación de libertad.

La doctrina ha distinguido el delito continuado del permanente en cuanto el primero consiste en una pluralidad de violaciones de la misma ley penal (ya en el mismo tiempo o en tiempos diferente; en el mismo lugar o en lugares

diferentes; contra la misma persona o contra personas diferentes), como acciones de una única resolución criminal

En segundo lugar, por el contrario, no se constituye con una pluralidad de violaciones de la misma ley penal, sino con una acción entendida como única en el tipo que la describe, pero, también, duradera (privar de libertad, retener, asociarse, etc.) y dependiente, en la totalidad de su ejecución, de la voluntad del agente.

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

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

La solución legal para el caso de desaparición forzada de personas, delito que se crea a partir de la ley 18.026, no es aplicable al caso, precisamente porque falta la conducta de privación de libertad durante la vigencia de la referida ley. Porque la permanencia del delito no está solamente en la perduración del estado antijurídico (como podría ocurrir en el caso de la bigamia), sino en algo más: el dominio, a través del mantenimiento de la acción, del hecho. La verdadera ficción contenida en el numeral 2 del art. 21 de la ley 18.062, según la cual el delito se "considerará permanente" mientras no aparezca o no se tengan noticias de la víctima, no puede sostenerse como un elemento del delito que sea todo el delito. No, se trata de una consecuencia del delito, ligada a la voluntad y actuación del agente que, desvinculada de una y otra, esto es, separada de la conducta que la mantiene como consecuencia, sólo puede imputarse como puramente eso, como la duración de una consecuencia. Ya de por sí parece constitucionalmente cuestionable la imputación de una

consecuencia en sí misma, con independencia de la conducta; pero mucho más lo es que cuando lo único abarcado por la ley, respecto de los actos imputados al defendido, es precisamente, la consecuencia, dado que los actos que llevan a ella no tuvieron acaecimiento antes de su vigencia.

El carácter de permanente como referido a la conducta, no al mero resultado está admitido por el código, en el art. 119, cuando establece que el inicio del cómputo de la prescripción en los delitos continuados ocurre "desde el día en que se ejecuta el último hecho o se realiza la última acción" y para los delitos permanentes, "desde el día en que cesa la ejecución", esto es, desde el día en que cesa la conducta del sujeto.

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

Claramente, la solución que determina la permanencia por el simple criterio de la no aparición de la víctima, cuando es notorio que el sujeto carece de todo vínculo o dominio sobre dicho estado de privación, supone una formalización indebida del derecho penal, una ficción que se mantiene más allá del mentís de la realidad y que consiste en sostener que la consumación se mantiene, no porque haya evidencia de que el sujeto todavía la realiza, sino como una suerte de imputación suplementaria, porque la víctima no aparece...-

8) Que, a fojas 12.872, por providencia N° 96, 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.-

9) 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, con la salvedad puntual que se indicará, la sentencia de primer grado por los fundamentos que a continuación se expondrán.-

Amen de ello, no puede menos que destacar el Colegiado, la diligencia y agilidad con que se desarrolló este proceso, en si mismo complejo y por demás basto en cuanto a las diligencias a practicar, todo ello sin mengua de las debidas garantías de los justiciables.-

I) AGRAVIO DE LA DEFENSA DE LARCEBEAU VINCULADO A LA PRESCRIPCIÓN.-

Por una razón de orden corresponde expedirse, inicialmente, sobre la prescripción alegada, sin perjuicio de hacer notar que el punto ya fue objeto de debate y resuelto por el Colegiado en interlocutoria Nro. 70 de fecha 29 de marzo de 2006 dictada en estos autos.-

En tal entendido y en honor a la brevedad se transcribirá, en parte, lo fundamental de dicho fallo a manera de análisis del presente agravio.-

“...¿Corresponde computar los años comprendidos en el período dictatorial ?

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..." (A.D.C.U., 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 este redactor sostuvo 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 de 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..."

El señor Ministro Dr. Alfredo Gómez Tedeschi abundó en el fallo transcripto "...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 N° 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..."-.

"...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 aconteció 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..."

"...Por el artículo 1° del Acta N° 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 N° 2, del mismo día, se creó y se reglamentó, una institucionalidad paralela a la Constitución.

Por el Acto N° 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 N° 4, (setiembre de 1976), se prohibió el ejercicio de las actividades políticas a determinados ciudadanos.

Finalmente, por Acto N° 8, del 1° 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 jurisdicente 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..., N° 418)...".

Sobre el aumento de un tercio previsto por el artículo 123 del C. Penal se dijo que los parámetros o pautas señaladas en la referida norma 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...".-

"...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 adquiera 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)..."

Se abundó por parte de este redactor.

"...En efecto, tratándose de la privación de libertad, tormentos y posterior asesinato de 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 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 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 realizado 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 Defensa de Larcebeau insiste en deslindar referencia a la "...gravedad de los hechos en sí misma...", o, a "...la naturaleza de los móviles..." con el reato cometido para concluir que se confunde culpabilidad con peligrosidad, lo cual no se comparte en absoluto puesto que el instituto de la prescripción, como se indicó, presenta su propia naturaleza jurídica totalmente ajena a lo que se hace referencia, simplemente resulta en el punto en debate tomar partido sobre lo que ley estableció.-

Una simple razón lógica lleva a que la consideración judicial sobre el término de prescripción de los delitos ventilados deba valorarse en atención al tiempo del maleficio, puesto que los extremos ordenados por la ley para su consideración impiden cualquier 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.-

¿ Cómo sería posible tomar en cuenta tales circunstancias a un momento posterior?

La respuesta es que lo diferido en el tiempo es el examen de la presencia o no de dichos aspectos, pero obviamente en retrospectiva.

Siguiendo con la transcripción se dirá que: "...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 alineará, 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, si la ley adicionó al plazo de prescripción elementos de especiales valoración en el caso de los homicidas es evidente que a ellas debe estarse.-

"...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 que de otra manera 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 indubitadamente 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.

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..."

"...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), tal 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 este extremo el que legitima y justifica su imposición.

En el tercer caso (c) 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 inculpados 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 inculpado, 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 ... 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 Asúa, 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: "...dentro del hecho se encuentra el hombre...".

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... 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, 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...”.(Sentencia Nro. 70 de fecha 29 de marzo de 2006).-

Se concluyó en la interlocutoria dictada en esta causa que: “...Pues bien, corresponde reiterar el concepto, esto es, si los acontecimientos son como los describe el Ministerio Público, *“detenciones ilegales, privaciones de libertad en lugares clandestinos de reclusión, tormentos y torturas que llevaron a la muerte de las víctimas o derechamente ejecuciones por móviles políticos y, como si ello fuera poco, la posterior desaparición de sus restos con la finalidad de ocultar la serie de delitos cometidos ...”*, la solución es idéntica, en cuanto a que no son necesarios mayores abundamientos para reputar aplicable a la subcausa el incremento legal, por tanto, así se procederá concluyendo que los sucesos no se encuentran prescritos.-

Una reflexión final sobre este agravio en concreto es que de acuerdo a lo dicho a fs. 61 sobre los fundamentos que dan razón de ser al instituto de la prescripción no cabe otra cosa que concluir que la sociedad uruguaya sigue pendiente de estos desgraciados sucesos lo que da la pauta real de que no ha decaído el interés en su esclarecimiento judicial y en segundo término, que los involucrados si bien tienen total derecho a invocar el instituto en base a lo señalado en la foja indicada, lo real y concreto es que sobre lo sustancial del tema debatido, no presentan valoración diversa de ninguna especie sobre los acontecimientos ocurridos en aquel momento, lo que deviene un aspecto

trascendente a discernir en el presente por el juzgador, cosa que así se produce, tal cual agudamente reclama la Defensa.-

II) AGRAVIOS DE AMBAS DEFENSAS EN RELACIÓN A LA PRUEBA DE CARGO.-

Concluye la Sala, que el debate planteado por las Defensas recae sobre los mismos aspectos que dieron motivo a la apelación del auto de procesamiento, por tanto en todo aquello en lo que ya existe pronunciamiento sólo cabe la transcripción de lo dicho: "...como se dijo en pronunciamientos anteriores, aplicables plásticamente al presente caso y a los involucrados, no es una condición imprescindible que se acredite la participación directa del agente en la ejecución material de un maleficio, para que el mismo tenga responsabilidad criminal sobre el acontecimiento.

El aspecto trascendente a considerar en el análisis de la presente causa, y por ende para evaluar la eventual responsabilidad de los imputados, es el devenir de los acontecimientos ocurridos en nuestro país a partir del año 1971 con el dictado del Decreto N° 566/971 por parte del Poder Ejecutivo donde se ordena

que: "...A los efectos de enfrentar la actividad subversiva... dispónese que los Mandos Militares del Ministerio de Defensa Nacional asuman la conducción de la lucha antsubversiva y los Comandos Generales ...estructurarán el Plan de Operaciones Antsubversivo a desarrollar por las Fuerzas Armadas conjuntamente con la Policía y ejercerán la dirección de ejecución del mismo...".

Es decir, el aspecto operacional, militar, del enfrentamiento que se producía en el Uruguay fue puesto de cargo de los Mandos Militares, mientras que el aspecto estrictamente político quedó en una esfera más alta de decisión, motivo por el cual viene al caso citar lo dicho por este Tribunal en sentencia Nro. 24 de fecha 28 de febrero de 2007, a saber:

"...Lo que sí existió, como consecuencia de la presencia 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...." (artículo 5º, subrayado del redactor).

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 legítimamente 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 Nº 1 del 12 de junio de 1976).

En el documento "Apreciación de situación de operaciones antisubversivas Nº 1", de setiembre de 1976. elaborado por la División de Ejército I, cuyo Comandante era el Sr. 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..."-.

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).-

Si bien el Tribunal no cuenta con prueba suficiente como para afirmar que, en todos los niveles del poder público, se estaba al tanto de lo que sucedía, como se dijo, resulta de toda evidencia que ello no era desconocido para los Mandos Militares.

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.

El ciudadano argentino Oscar De Gregorio fue detenido por efectivos de la Armada Nacional y entregado a la Armada Argentina, previa coordinación gubernamental.

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..."

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..."-.

"...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 anti-subversivas 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 anti-subversiva 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 como 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 alíscavo 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 Área Naval del Puerto de Montevideo..."-.

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..."-.

A juicio de la Sala, en este contexto, es que corresponde evaluar el comportamiento de los imputados, desde que, también para ellos, dado su rango y con prescindencia de las preferencias y apetitos personales, la situación política, militar, funcional, les venían dadas por las respectivas Jerarquías y por la coyuntura histórica.

Naturalmente que, cualquiera sea la evaluación que se haga al respecto, en el contexto visto y habiéndose cumplido notorias prácticas vejatorias de la dignidad humana, no cabe, en modo alguno, hablar de obediencia debida..."

(Sentencia Nro. 24 de fecha 28 de febrero de 2007).

Dando por acreditado el Colegiado que esta situación fue inequívocamente así, aparece la controversia sobre cómo, cuándo y con qué fin se coordinó entre los gobiernos de la región la estrategia de actuación y, en este aspecto concreto, cabe manifestar que la Sala ya se expidió en sentencia Nro. 136 de 1 de junio de 2007 en estos términos:

"...No varía las conclusiones si los asesinatos se cometieron en el marco o no del Plan Cóndor, que, **formalmente**, nació en el año 1975, el 28 de noviembre, en Santiago de Chile, bastante tiempo antes, de lo que aseguran los Señores Defensores, a punto de partida del mendaz testimonio del Coronel Vázquez.

En realidad, el tema deviene irrelevante, porque la coordinación represiva en el Río de la Plata, empezó mucho tiempo antes, en el año 1974.

Al respecto, en los informes que los Señores Comandantes de las tres Armas elevaron al Señor Presidente de la República, Doctor Tabaré Vázquez, entre

otros aspectos, se lee lo que se transcribió en sentencia N° 24, del presente año, dictada en expediente supra citado: "...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..."

"...En todo caso, las recomendaciones efectuadas en la Primera Reunión Interamericana de Inteligencia Nacional, celebrada en Santiago, respecto a Uruguay y Argentina, no significaba otra cosa que escriturar en el papel lo que, desde tiempo atrás, se veía practicando.

En efecto, meramente a modo de ejemplo: "...4.- Recomendamos, establecer el sistema de coordinación mediante tres etapas para su activación. La primera etapa que recomendamos es la siguiente: b) Recomendamos, que los Servicios de Seguridad atiendan con prioridad las peticiones de antecedentes de los servicios involucrados en el sistema. c) Recomendamos, el contacto muy rápido e inmediato cuando se expulse del país un individuo (s) o viaje un sospechoso, para alertar a los Servicios de Inteligencia. g) Recomendamos la habilitación en las embajadas de nuestros países, la presencia de personal de Inteligencia Nacional o similares para enlaces directos y personales, plenamente acreditados ante los Servicios..." (véase, respecto de este ítem, el testimonio del Embajador Magariños, ante la Comisión Investigadora...").

Que, a juicio de la Sala, ilumina la comprensión de los hechos acaecidos, el momento histórico que vivía el Uruguay, cuando aquéllos ocurrieron..."

(Sentencia de la Sala Nro. 136 de fecha 1 de junio de 2007).

En el estado de situación que se vivía en aquella época, sin duda puede comprenderse que existieran algunas operaciones emprendidas por jerarquías militares intermedias sin conocimiento del Mando Superior, pero éstas, no pudieron ser sino de nula importancia, para la marcha del proceso político emprendido en junio de 1973, y siendo ello así, tanto Larcebeau como Alvarez, mucho más en su caso, ostentaban una jerarquía tal que, por la propia verticalidad de las instituciones militares, hace imposible pensar no ya que no estuvieran al tanto, sino por obvias razones todo lo contrario, que eran de su total y absoluta responsabilidad los sucesos que se llevaban a cabo bajo sus mandos, puesto que provenían de la política general asumida, aceptada y comprometida por ellos, de las cuales tenían dirección tanto fuera como modo operativo general o incluso específico.

Por ello, la discrepancia fundamental de la Sala con la argumentación central de las Defensas, en cuanto a la valoración de la prueba de cargo, radica en que las mismas centran su atención en si obra en autos, o no, (lo que sostienen), la constatación de la presencia directa de los indagados en la ejecución material de una o alguna de las privaciones de libertad, en una o alguna de las evidentes ejecuciones posteriores de determinados individuos, o incluso, en los específicos movimientos tendientes a hacer desaparecer sus restos, lo cual no es el punto medular de la cuestión, sino muy por el contrario, si estuvieron vinculados a los actos de decisión necesarios dirigidos a la ejecución de dichos acontecimientos y en caso afirmativo ¿cómo y cuándo ?

Desde esa óptica, es que el Colegiado comparte los argumentos del Ministerio Público, en cuanto a la prueba de cargo seleccionada contra Juan Larcebeau.

En efecto como el mismo relaciona a fojas 4383 a 4385 "... Queda probado entonces. Que Larcebeau ostentaba cargo de jerarquía en el S2 del FUSNA contemporáneamente a la detención y posterior desaparición de los uruguayos en Buenos Aires.

Que en cumplimiento de los designios trazados (planes de inteligencia operativa que el mismo diseñaba) viajaba a Argentina asiduamente y se desempeñaba de igual manera en cualquier de los dos países.-

Que en el desempeño de sus funciones de inteligencia Larcebeau disponía de cierta autonomía (semi-libertad) manejo de medios materiales y mando de efectivos.-

Que los procedimientos contra los GAU en Uruguay están estrechamente conexos con los que se hacían en Argentina y la información obtenida en uno y otro lado era usada para detenciones e interrogatorios.-

Si se valoran todas las probanzas a la luz de la sana crítica, debe tenerse por acreditada la participación de Larcebeau en los operativos de la Argentina, que incluyeron detenciones, torturas y confinamiento de compatriotas. Porque la sana crítica supone ubicarse en la situación dada, sopesando los elementos de convicción reunidos conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia.-

Si todos los detenidos estaban encapuchados o vendados como norma general, si los represores usaban nombres falsos o codificados y si además, están desaparecidos, es posible inferir de los indicios serios y concordantes, no dubitados, la conclusión antedicha.-

Porque quienes estaban en Argentina en ese momento, desarticulando movimientos subversivos con total dedicación y operando activamente eran, indudablemente, los ejecutores inmediatos del plan sistemático de represión. Esto no surge de apresuradas deducciones sino que, además, de los testimonios de Rodríguez, Barreix, Saravia, Debali entre otros y, del cúmulo de indicios que se relataron oportunamente, están las anotaciones del legajo que lo sitúan en el “campo de batalla” en ambas márgenes del Río de la Plata.-

Esta fuera de discusión que Larcebeau tenía poder de mando, que sus actividades de inteligencia en Argentina y Uruguay eran operativas y que en definitiva logró exitosamente la culminación de sus esfuerzos en la lucha antisediciosa.-

A pesar de que estaba situado en un escalón de mando más bajo (por encima estaba el Jefe de la Unidad, Jaunsolo y el Comandante de la Armada, hoy fallecidos), se consigna que en su campo de acción organizaba y disponía.-

Los detenidos uruguayos no tenían por que estar en la ESMA. Banfield era una especie de depósito y Quilmes el centro de torturas al que eran llevados periódicamente. La tortura infligida por militares uruguayos no era continua, hecho revelador de la existencia de viajes, en correspondencia con detenciones e interrogatorios alternados en nuestro país y en Argentina.

Larcebeau integraba el grupo que practicaba detenciones ilegales y tormentos, estuvo en la Argentina en el lapso en que se produjeron, los métodos coincidían con sus manifestaciones a Troccoli sobre tortura y trato de detenidos. Entonces es ajustado decir que sabía, asentía y participaba...”.

Pero fundamentalmente cabe indicar, que contrariamente a lo que sostiene la Defensa obran en la causa declaraciones que sindicán a Larcebeau como partícipe de los interrogatorios, a saber: “... me interrogaban con capucha, con Trócoli era sin capucha y el que sucedió a Trócoli en los interrogatorios era alguien que se hacía llamar Sebastián que coincide con alguien que es Larcebeau de apellido...” (Barreix, fojas 737).

En relación a Alvarez dijo esta Sala “...Efectivamente el imputado Alvarez asume el 1 de febrero de 1978 hasta el 1 de febrero de 1979 y pudo haber propiciado un acercamiento con algunos de los sectores políticos más conservadores pero políticos al fin. Para reafirmarlo están las diferencias con Prantl, Gavazzo y la publicación de El Talero, etc.

A los fines de dirimir su responsabilidad penal ello es indiferente. No se trata de una responsabilidad de escritorio, Alvarez estuvo desde la primera hora en el combate a la subversión fue objetivo militar del MLN (así lo declaró en autos una autoridad del actual gobierno, que se enteró que Pérez decidió eliminarlo por considerarlo un hombre de alto rango, muy inteligente,

vinculado a la CIA -lo que no era cierto- y por ende objetivo a eliminar) pagando con la vida su hermano Artigas Álvarez por error en la persona.

Estuvo en la primera línea del golpe de estado, acompañó ideológicamente primero y desde cargos de menor importancia el proceso militar, adhiriendo a la metodología de enfrentamiento al enemigo en lo que consideraban era una guerra atípica o denominada “sucia”. Allí se trazó una estrategia que incluía torturas y muerte si era necesario, estrategia con la que estuvo siempre de acuerdo y no le era para nada desconocida. Cumplía las órdenes no sólo por su condición de tales sino porque estaba consustanciado con ellas.

Es por ello que en el período más crítico, más lejano de toda salida democrática, de avasallamiento pleno de las garantías y libertades ciudadanas asume como Comandante en Jefe del Ejército, junto al de la Marina y el de la Fuerza Aérea, el período iniciado por la acusación - que no es determinante para el magistrado en tanto aún en nuestro proceso penal existe la posibilidad de enjuiciar de oficio, normalmente en los delitos marginales no se narran hechos sino se solicita puramente la tipificación, como ocurre en los múltiples procesamientos por hurto o rapiña por ejemplificar con los más corrientes - abarca el año 1978, esto es, el período de mando de Alvarez.

Entonces, se trata de un hombre consustanciado con el proceso, de alto rango que conocía al detalle la estrategia y metodología de combate: a fojas 4014 se expresa que, incluso, “la documentación que aportó Rubiolleva a afirmar que se utilizó la vía diplomática para la coordinación represiva” lo cual no era desconocido por Alvarez a quien se le entregan documentos en la presidencia y existían con fecha 20 de enero de 1978, absolutamente comprometedor, siendo que el asume el 1º de febrero de 1978.-

Siendo Comandante, el 16 de marzo de 1978, consta en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Junta de Comandantes en Jefe, Servicio de

Información de Defensa, Operaciones y Enlaces, cuyo motivo es “la información obtenida por este servicio sobre el MLN-T, sobre la situación del Movimiento a la fecha, con las variaciones sufridas en la dirección del mismo.-

¿ Cómo se salta del FUSNA al Comandante en Jefe del Ejército (Alvarez) ?

Por lo ya expuesto: la estrategia delineada y continuada de enfrentamiento al enemigo (ese era el término), mediante la aplicación de la lógica de la guerra: obtener información a cualquier costo lo que implicaba el terrorismo de Estado (secuestros a cualquier hora, en cualquier lugar, torturas, traslados dentro y fuera del país, ejecuciones, desapariciones, etc) y ello era conocido y practicado por todos los que, como mérito extremo lo practicaban, porque estaban convencidos.-

En ese encuadre se insertan los lineamientos de la Junta de Comandantes; se salta por la coordinación de esa estrategia probada hasta el cansancio a nivel nacional e internacional.

El informe de Gavazzo (fojas 4053) del 30 de enero de 1978 deja acreditado que la Junta de Comandantes en Jefe estaba al tanto de los procedimientos y ese documento fue conocido por todas las autoridades y el Comandante en Jefe del Ejército que asumía a los dos días (fojas 1.477), cuando se refiere al caso de De Gregorio.-

El memorando está dirigido a la Junta de Comandantes en Jefe, Servicio de Información de Defensa, fojas 1.476 pieza 6 N 06/78: “Acorde a lo informado en parte especial de información N° 246/77 se hace saber que la información contenida en el mismo es inexacta: 1) De Gregorio era el responsable de la columna norte de Buenos Aires, no venía a hacer contacto con los GAU... ya acorde con lo informado por este servicio (SID) en la conferencia que se llevó a cabo en el Comando General del Ejército... (¡ en conferencia !), fecha 30 de

enero de 1978 y a fojas 1.477 del 13 de marzo de 1978 se remiten copias al imputado Alvarez.-

Es la responsabilidad del mando que determina la estrategia; la que el teniente Cooper denomina “indirecta” al “hombre que ostenta responsabilidad de mando”, esa declaración que obra a fojas 2.064 “considero que desde un principio en que el Ejército empieza a aplicar dichos métodos de tortura; el conocimiento de los mandos fue permanente, más aun, los mismos fomentaron por su complacencia la aplicación de dichos métodos, complacencia que llegaba incluso a prácticamente premios para que los oficiales... etc. (también fojas 4.180).-

Era tan evidente que todos, hasta el vulgo, lo conocía. A los más afortunados torturados los llevaban al Hospital Militar (fojas 734); “el 28 de marzo de 1978 me sacan y me llevan al Batallón 13, donde me tienen encerrado en un calabozo de 1.20 por 2 metros (como señaló antes el Dr. Balcaldi y surge de estas actuaciones que hasta el Dr. Aparicio Mendez en el conclave de Solís fue enterado de la entrega de De Gregorio).-

Operaban en la Tablada; la OCOA y en la Casona el SID; pretender que eran grupos extraños al conocimiento del mando estructurado, vertical, en un gobierno de hecho es razonar por el absurdo. El SID dependía de la Junta de Comandantes donde Alvarez era, nada menos, el del arma más fuerte, el Ejército.

Surge de fojas 1.080 como se pedían informes diplomáticos a Argentina), de fojas 1.041 es imposible decir que no sabía (en el lenguaje militar el “no sé” es la forma común y corriente de mentir), se elevan notas como la del 20 de octubre de 1978 al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre la desaparición de personas, o los traslados a la Tablada en semana de Carnaval de 1978.-

Del testimonio de Gulenzoph (“el charleta”) surge que venía a La Tablada enviado por Castiglioni (que desconfiaba de los militares porque apoyaba el retorno de Pacheco Areco), trató con el Coronel Rama y el Capitán Silveira que iban por la Ocoa.-

Cooper narra a fojas 1.503 el nerviosismo del general Zubia (por las muertes, desapariciones, etc, lo que prueba, por obvio, que todos sabían lo que acontecía, ocurre que la campaña a nivel internacional contra el gobierno uruguayo era cada vez más fuerte, así el funcionamiento de CIDH dio lugar a debates que constan en autos acerca de si era conveniente o no hacerla en ese momento en Uruguay, podía deteriorar la relación con EEUU si salía mal -que lo consideraban probable- o mejorarla si salía bien, etc), quien fue tranquilizado por el coronel Dinarte Pérez que tenía todo solucionado con los certificados médicos (piezas 3 y 15).-

Lo que en definitiva concuerda con la declaración- en este punto, porque es siempre sinuosa, poco creíble sin respaldo- de Gilberto Vázquez a fojas 3.999 en la que dice que la orden de los mandos era hacer desaparecer a todo muerto en interrogatorio, Alvarez no niega que durante su Comandancia en el Ejercito hubieran fallecimientos, dice “no recuerdo” lo cual hace de toda evidencia su conocimiento (casi incriminatorio), pero eso sería anecdótico, lo que es real, es que es consecuencia de la política de torturas delineada por los mandos que Alvarez integraba (y que el extinto Tte. Gral. Medina admitió), por tanto, no se puede sostener ahora que no sabía o que se le imputan hechos graves por el sólo hecho de “ estar ahí”.-

Y esas órdenes eran también verbales como señala Vázquez (casualmente en el Juicio a los Comandantes de la República Argentina también se relataba por subalternos que esas órdenes, las cruentas, eran verbales) y que eran los mandos quienes se adjudicaban la victoria militar contra la subversión.-

La ausencia de mínima investigación de los hechos denunciados por múltiples organismos, internaciones y algunos particulares nacionales, evidencian esa política de tortura y muerte y dejan en claro el premio al que aludía Cooper, que comenzaba con la total impunidad.-

Alvarez tuvo total dominio del hecho a través del aparato estatal, independientemente de los ejecutores y las víctimas. Está semiplenamente probado que la responsabilidad no es de escritorio sino material, mediante la estrategia delineada a través de más de una década por esos miembros de las FFAA organizadas en forma vertical y disciplinada, aportando la logística, los centros clandestinos de reclusión, los vuelos, los intercambios con el gobierno de Argentina, tanto de prisioneros como de efectivos militares, lo cual es impensable sin orden y sin apoyo del mando.-

La Junta de Comandantes era el máximo órgano teniendo como enseña de sus ojos la destrucción de los subversivos, con planificación en las grandes líneas de combate y supervisión de todo cuanto ocurría y se concedió gran discrecionalidad para ese fin a los mandos intermedios, asumiendo todas las consecuencias que de ella se derivaran como lo eran los asesinados en interrogatorios.-

Mucho más en el caso de Alvarez quien al asumir dicta sendas ordenes 7738 y 7777 donde se pretendía elevar la moral de las FFAA ante la campaña internacional por los DDHH en Uruguay, con el primero, asegurando que no habría revisionismos, ahuyentando el temor de algunos integrantes de ser luego de la apertura eventual, juzgados y encarcelados (y no soñada en ese entonces, pero que el tiempo y la experiencia siempre enseñan a tener como posibilidad política, tal como El Talero señalaba), él asumía toda la responsabilidad (más incriminante imposible, responsabilidad por crímenes que eran la médula de la estrategia) y elimina la compartimentación (es indiferente la lucha que por el poder, que reafirma lo de Cooper, en el sentido de obtener méritos venciendo al enemigo subversivo que quería dar la Armada contra el Ejército, eso es una cuestión de lucha menuda por el poder, que no

dice al tema que estamos analizando), sino que hace que Alvarez tuviese conocimiento y dominio de los hechos sobre todo lo que ocurría, también, como surge de fojas 215 de "...los operativos conjuntos entre la Armada y la Argentina fue hasta mediados de 1978 donde por orden de Alvarez la compartimentación ya no existía.-

Con la orden 7738 se quebraban áreas de poder, quedando en pleno conocimiento de todo lo que ocurría (el SID dependía de la Junta de Comandantes donde Alvarez era el Comandante en Jefe del Ejército).-

Entonces. No se le atribuye responsabilidad al barrer (fojas 4.371), sino en tanto articulador desde la cúspide de la ingeniería de "destrucción del enemigo" para obtener información, si era necesario, y no dejar rastros de ello (y así ocurrió, no en vano se buscan los restos de los fallecidos en los cuarteles) y no se dirá que no se buscó "exterminar", como en Argentina donde hay 30.000 desaparecidos, sino en "aniquilarla militarmente", cuando uno de los medios era la información y para obtenerla era necesario la tortura y la muerte, pues había complacencia.-

Tanto la Fiscalía como el señor Juez dejan en claro el período comprendido entre 1977 y 1978 (es el año 1978 el imputable a Alvarez), donde, obviamente, no aparecerá en este extenso expediente la presencia de él en una sola sesión de tortura, porque ellos no torturaban con sus manos ni mataban con su tormento, sólo lo ordenaban hacer), indicaron las personas que murieron o desaparecieron en ese período en el que es sencillo vincular el dominio del hecho del Comandante de Ejército.

Existen documentos, que el señor Defensor de Larcebeau, Dr. Chaves, indica como "pocos", sí.-

Tampoco era cuestión de escribir tratados, por el contrario, es mucho que se hayan obtenidos esos pocos documentos que terminan por cerrar el círculo de

responsabilidad, la coordinación entre el Ejército y la Marina entendiendo por tal eso mismo y cuando la rivalidad con el Vicealmirante Márquez fue importante, sólo se trató por Alvarez de conocer lo que hacía el otro.-

La Junta de Comandantes en Jefe tenía la conducción gubernamental en el tema. De manera que pretender la ignorancia de Alvarez, nada menos, es contrario a toda lógica, sentido crítico, común y lo más importante, las pruebas...”.-

En suma, durante el año que fue Comandante en Jefe del Ejército (1978), se produjeron múltiples hechos que terminaron con la vida de personas en el Uruguay como los vinculados a Celica Gómez, Carlos Cabezudo, Eduardo Gallo y Juvelino Carneiro, (desaparecidos 1978 y trasladados a Uruguay en febrero de dicho año), Yolanda Casco (detenida a fines de 1977 y trasladada a Uruguay en mayo de 1978), Aida Sanz y Elsa Fernández (desaparecieron en la Argentina a fines de 1977, trasladadas a Uruguay en mayo de 1978), Ricardo Blanco (detenido en Uruguay y desaparecido en febrero de 1978).-

La declaración de Gallero (detenido y torturado en centros de detención clandestinos), es terminante en cuanto a que vio personalmente a Carlos Cabezudo en La Tablada en febrero de 1978: “...Me baja un guardia sólo, me dice que me agarre de la escalera y por debajo de la venda veo que el hombre que está colgado al costado de la escalera era Carlos Federico Cabezudo, estaba desnudo y tenía vendas en los ojos. Antes de que me detuvieran yo sabía que lo habían detenido en Buenos Aires y no tengo ninguna duda de que era Cabezudo... Quiero dejar claro que estoy absolutamente seguro de que Carlos Cabezudo estaba en La Tablada en **febrero de 1978** porque yo lo vi colgado y torturado...” (fojas 733 y 735).-

Este mismo testigo compañero y amigo de Ricardo Blanco relató a su respecto: “...la conclusión que sacó la Comisión para la Paz acerca de que Ricardo Blanco nunca fue llevado a la Casona de Millán, es incorrecta, porque

estuvimos juntos ahí en enero de 1978 y nos llevaron juntos a La Tablada, tampoco es correcta la fecha que dan de fallecimiento, dicen que fue el 3 de febrero y cuando a mi me sacan de La Tablada el **26 de febrero de 1978**, Ricardo Blanco estaba ahí...”(fojas 735).-

Surge palmariamente de estas actuaciones que en La Tablada actuaban efectivos de la OCOA y en la Casona de Milán el SID, por lo que mal podría serle ajeno lo que allí acontecía, nada menos que al Comandante en Jefe del Ejército, vista la orden impartida por él, ya analizada, de terminar con la compartimentación.-

Pero lo que está fuera de toda duda es el caso que involucra a Claudio Logares, Mónica Grispun y Paula Logares, familia de nacionalidad argentina radicada en Uruguay (detenidos en nuestro país el 18 de mayo de 1978 en la Avda. Fernández Crespo luego de descender de un vehículo del transporte colectivo), los cuales fueron trasladados clandestinamente a la Argentina por su presunta vinculación al grupo Montoneros, donde fueron vistos por testigos detenidos y en mal estado de salud en centros clandestinos de reclusión (Pozo de Banfield).-

Adriana Chamorro, ciudadana argentina expresó al respecto: “...Me detienen en mi casa el 23 de febrero de 1978 que quedaba en San Juan 278 Capital Federal... durante la Pascua me trasladan a los pozos de Banfield... yo estaba en el calabozo con María Antonia Castro de Martínez, me dijo que habían 22 uruguayos detenidos...”, pero lo fundamental es que “...a principios de junio llega el matrimonio Logares que había sido detenido en Uruguay a mediados de mayo y trasladado a Buenos Aires en avión con su hija, le quitan a su hija, los llevan a la Brigada de San Justo y después de torturarlos los llevan al pozo de Banfield, ahí éramos muy poquitos y a las mujeres nos obligaban a limpiar los calabozos vacíos, yo fui a limpiar atrás del calabozo donde estaba Mónica Grispun de Logares y ella me contó del secuestro en Uruguay con su hija...”.-

A la inversa, la testigo Altuna, declaró que fue secuestrada en la Argentina y trasladada clandestinamente en avión al Uruguay el **7 de febrero de 1978**, a partir de lo cual llegó a ser torturada en La Tablada, lugar donde inequívocamente había efectivos del Ejército, y “...Ahí el Teniente Pagola me sacó la capucha y me dijo que firmara un papel donde decía que ya había sido detenida en Uruguay, que yo estaba en sus manos, que no tenía opción o firmaba o me mataba, que ese lugar no existía y nadie se iba a enterar...”.-

Con los ejemplos mencionados, de los cuales despeja cualquier tipo de duda el relativo a los integrantes de la familia Logares, se revela que el enjuiciado Alvarez está comprendido en esta causa por sucesos que lo vinculan en el preciso momento en que él ejercía la Comandancia del Ejército, donde de modo alguno le pudo pasar inadvertido que existían detenciones y posteriores traslados clandestinos de personas desde nuestro país hacia la Argentina y viceversa, naturalmente, si ello obedecía a la lucha contra la subversión y en el marco de las operaciones que vinculaban a ambas naciones.-

En suma, si perdieron la vida en el Uruguay, personas detenidas clandestinamente a manos de militares en el contexto referido, mientras estuvo en ejercicio del cargo mencionado, tiene responsabilidad por ello.

Por último y en relación a la serie de testimonios que obran en esta causa corresponde reiterar lo ya dicho por la Sala: “...Dada la naturaleza de los hechos investigados, y, quizás, por el tiempo transcurrido desde que éstos acontecieron, la enorme mayoría de los testigos, son testigos in facto, esto es, testigos en el hecho mismo, que han podido percibir por sus sentidos, los sucesos sobre los cuáles prestan testimonio (Cfm. NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, Lógica de las pruebas en materia criminal, volumen II, pág. 18 y ss.).

Cabe tener presente un supuesto indiscutido: lo anejo a esta cuestión penal, lo es, el inmediato pasado político de la República, en donde el adversario político era un enemigo a destruir.

A ello, de un lado, cabe añadir la calidad de víctimas, de familiares, etc., de los testigos propuestos, por lo que, es indudable el interés que les asiste, en un determinado desenlace del proceso.

Por otro y va de suyo, por lo que viene de exponerse, que similares precauciones deben guardarse respecto de los testimonios de los involucrados y sus descargos.

Las Defensas han puesto énfasis en estos extremos, cuestionando la credibilidad de los testimonios brindados, no referidos a los episodios que a algunos de los declarantes les tocó vivir, sino en lo que se refiere a la actividad específica que, en la presente investigación, se les imputa a sus respectivos defendidos.

Y bien. Hace más de un siglo que MITTERMAIER planteaba la cuestión que hoy nos ocupa: "...Han estado mucho tiempo divididas las opiniones sobre la cuestión de si las declaraciones de hombres sospechosos, pero constituyendo un gran número, pueden por su multitud compensar lo que a cada uno de aquéllos falta de credibilidad..." (Tratado..., pág. 395).

Y, reflexionaba que: "...Lo que hace sospechoso al testigo es una presunción de falta de sinceridad, cuyo efecto no es siempre el mismo y se modifica según los casos: al Juez toca, pues, considerar maduradamente todas las circunstancias... Las circunstancias, lo repetimos, decidirán siempre si debe o no prescindirse de la presunción perjudicial que milita contra la persona del testigo, lo cual equivale a decir que el Juez examinará: 1º, si por lo que hace a la causa, ha desaparecido en todo o en parte el vicio del testimonio; 2º, si la conformidad de los testigos viene a dar una garantía de certeza..."

Resulta interesante atender a las recomendaciones que respecto al segundo punto, MITTERMAIER efectúa: "...Por lo relativo a la conformidad de las declaraciones, diremos que el Juez puede considerarla como decisiva:

a.- Cuando se refiere a hechos cuya narración exige necesariamente la presencia simultánea de todos los declarantes.

b.- Cuando, por otra parte, los hechos se hallan confirmados por las pruebas.

c.- Cuando del proceso resulta que no se ha sugerido respuesta alguna a los testigos.

d.- Por último, cuando no es posible suponer que éstos se hayan confabulado en usar de unas mismas expresiones...".

En suma, es necesario analizar la prueba con prudencia, dada la eventual falta de objetividad de algunos testigos, ya sea por razones ideológicas o de parentesco.

Ahora bien, el análisis y valoración de los medios probatorios disponibles, deben evaluarse, en su eficacia convictiva, vinculados a una cuestión medular: la naturaleza de los hechos denunciados, y, sobre todo, su modo de ejecución.

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.

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.

En este contexto, es cierto que no todos los testigos han aportado datos sobre los hechos que se investigan, y que, algunos de ellos, han brindado versiones disímiles, con otras prestadas anteriormente, e, incluso, con las aportadas por otros declarantes.

Ahora bien, no es dable ignorar que, en las circunstancias fácticas anotadas, dentro de lo asequible para los testigos, se repiten la descripción de un conjunto de hechos y de participación de determinadas personas, de manera persistente y consistente.

Por más que algunos testigos denoten parcialidad (¿cómo exigirles objetividad?), ello no resulta suficiente para desecharlos, ya que ello supondría obviar la primordial cuestión: son testimonios contestes en lo fundamental...". **(Sentencia Nro. 24 de fecha 28 de febrero de 2007).**-

En relación a la crítica que efectúa la Defensa de Alvarez al fallo de primer grado, específicamente en cuanto a que se le imputa una responsabilidad objetiva, cabe decir que ello no es así de ninguna manera.-

Como se explicitó claramente en esta sentencia son acciones y decisiones concretas vinculadas a su actuación lo que determina su responsabilidad por los resultados acaecidos, más allá de que no se pueda determinar si efectivamente fue el ejecutor directo de uno o alguno de los homicidios o sus secuencias previas.-

Una vez más se reitera, como bien menciona en su voto el señor Ministro Dr. William Corujo Guardia que: "...El artículo 1 de la ley que estableció la caducidad de la pretensión punitiva del Estado establece que los mandos militares y policiales no están amparados por la caducidad; Decreto 566/71 del Ministerio de Defensa Nacional reza: "Los mandos militares del Ministerio de Defensa Nacional asuman la conducción de la lucha antisubversiva" Artículo 2: "Los Comandos Generales del Ejército, Armada y Fuerza Aérea estructurarán el plan de operaciones antisubversivo a desarrollar por las fuerzas armadas conjuntamente con la policía y ejercerán la dirección de ejecución del mismo".-

Art. 86 de la ley Orgánica Militar Nro. 14.157: "Comando es la autoridad ejercida sobre una fuerza o unidad por el militar responsable de su preparación disciplinaria"

Los Mandos comprenden a los Comandantes en Jefe del Ejército, Armada y Fuerza aérea, así como a los respectivos Jefes de Policía.

Art. 85: Mando es aquel que tiene la facultad de decidir y ordenar dentro de lo establecido por las leyes y reglamentos militares.

A Alvarez se le remitían todos los partes porque fue él quien por resolución N° 7438/78 eliminó la compartimentación de la información y a la abundante prueba que en Uruguay se violaban los derechos humanos se le puede sintetizar la intervención del entonces embajador de EEUU Pezzullo quien les manifestó que Uruguay, por su imagen de violador de los derechos humanos la misma sólo podía borrarse con una visita de la CIDH.

Entonces: Alvarez no responde objetivamente; se trata de un imputado que estuvo desde el primer momento en la lucha armada contra el enemigo, fue objetivo militar y por error pagó con la vida su hermano, mucho antes del golpe de Estado erigiéndose en un soporte ideológico de primer nivel, no ya para cumplir con las ordenes de un gobierno democrático, sino para apoderarse del poder simplemente por cumplir con su deber y al estimar, con otros miembros de las Fuerzas Armadas, que la clase política estaba derruida por la incompetencia para ejercer el mando.

Formó parte, como integrante de la Junta de Oficiales Generales, como Comandante en Jefe del Ejército, integró la Junta de Comandantes en Jefe, finalmente como Presidente de facto.

Vale decir su responsabilidad se ubica en un contexto histórico que no puede desconocerse: gobierno de hecho, supresión de garantías individuales, proscripción de partidos políticos, integrante de la Junta de Comandantes en Jefe (representadas las tres armas), de quien dependía el Sid, eliminación de la compartimentación de la información; con cada División de Ejército, con una Ocoa que dependía del Comandante de División, etc., etc. .

No puede decirse que sólo conocía sino que diagramó la estrategia de combate por lo que no puede hablarse de comisión por omisión y la orden 7777/78 era una señal inequívoca señal política hacia propios (pero también extraños), en cuanto a que los delitos de violación a los Derechos Humanos no serían juzgados y los Mandos -él particularmente - asumirían toda responsabilidad...".-

En el mencionado voto se cita a Kai Ambos quien da una precisa explicación de la situación imputada, a saber: "...Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus

hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos etc.), que supone toda operación militar.

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.

No se trata aquí del tradicional dominio de voluntad de la autoría mediata. El instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una “voluntad indeterminada”, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.

El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran...”(Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de los aparatos organizados de poder" por Kai Ambos (publicado en *Goltdammers Archiv (GA)* 4/1998 traducido por el Dr. Cancio Meliá de la Universidad Autónoma de Madrid)...”.-

En idéntico sentido se manifiesta el voto del Señor Ministro Dr. Alfredo Gómez Tedeschi: “...Por consecuencia, la máquina de eliminar enemigos (no adversarios políticos), no pudo sino ser ideada, aprobada, por quienes ocupaban los principales cargos del régimen, aseveración ésta que no es un capricho sino un corolario lógico y razonable acorde a la esencia del sistema imperante.

Entonces, la responsabilidad de Alvarez, entre todos los jefes militares de la época, es inocultable. Y es, en tal contexto que comparto integralmente el punto de vista de la Sra. Fiscal, y en especial, en lo que dice al significado a atribuirle a la Orden 7777/78 que, por supuesto, tiene un significado político y, muy especialmente hacia el interior de la Fuerza.

Traducida, no quiere decir otra cosa que "nosotros ordenamos lo que ustedes hicieron, ustedes pusieron la cara, pero la responsabilidad es del Mando", que es, en realidad, la argumentación central que han planteado todos los Defensores e imputados en los distintos expedientes referidos a este tema..."-.

Por último, tampoco se estima de recibo el agravio de la Defensa de Larcebeau en cuanto a la prueba de cargo en su contra.-

Muy por el contrario, existen abundantes elementos de juicio que lo ponen derechamente al frente de las acciones en la lucha antisubversiva, y no ya exclusivamente como responsable por detentar Mando Militar.-

En ese aspecto expresó en su voto el Sr. Ministro Dr. William Corujo Guardia: "...con el libro "La ira del leviatán" ya es suficiente elemento de juicio. Este imputado estuvo presente en los centros clandestinos de detención, es ubicado en el interrogatorio tan contundente en lo que refiere a la prueba para aclarar muchos casos de De Gregorio; era el Jefe del S2 del Fusna cuando ocurrieron los hechos delictivos de la demanda: esto es las detenciones ilegales, secuestros, torturas que no sólo lo ubican como co autor por el Mando, sino como ejecutor material.

Entre el 19 de noviembre y el 14 de diciembre de 1977 detuvieron en Uruguay a 25 integrantes de los Gau y luego 7 personas más opositoras al régimen imperante. Según el libro aludido Larcebeau admite su participación, con el seudónimo de "Joaquín": se los detenía y se los entregaban al S2 cuyos jefes eran Trócoli y Larcebeau. A De Gregorio se lo detuvo el 16 de noviembre de 1977 cuando ingresaba al país, se lo llevo el Fusna, intentó fugarse y fue baleado, apresado fue trasladado al H. Militar donde fue intervenido

quirúrgicamente, extirpándole el bazo; se lo devolvieron a Argentina a la Esma a cuyo interrogatorio viajó el imputado, viajes que fueron admitidos por la Armada a Buenos Aires.

Después de lo de De Gregorio se centralizó en el Fusna; en el libro mencionado Larcebeau aceptó que participó en aquél país en un allanamiento violento. Hay un extracto de una declaración de un testigo que luego se completó con los documentos que envió el Comando Gral. de la Armada que la cierran y le dan plena credibilidad así como la de Fernando Martínez Santero y luego de ésta actuación y la detención masiva de militantes del Gau el S2 empezó a actuar en Buenos Aires: y tanta conciencia se tenía que a los detenidos se los llegaba a amenazar con enviarlos a Buenos Aires "y según ellos eso era que yo sería boleta", indicando a este imputado con el apodo de Sebastián.

El testigo Uriarte declaró que les mostraron un expediente que pusieron en sus rodillas atinente a pautas de guerrilla y "me dijeron que esas cosas las habían encontrado acá y en Buenos Aires".

En el legajo personal de Larcebeau se destaca que concurrió a Buenos Aires para continuar con el trabajo antissubersivo con inteligencia y conocimiento del enemigo, no siendo misiones oficiales de acuerdo con el último informe de la Armada, lo que deja concluido el tema probatorio..."

En suma, si bien la Defensa reitera con todo derecho su punto de vista, sosteniendo la ausencia de prueba de cargo, la Sala entiende justamente todo lo opuesto, es más, como bien señala en su voto el Dr. Alfredo Gómez Tedeschi: "...En el caso del procesado Larcebeau la prueba es abrumadora, es uno de aquellos militares que se puede afirmar ponían la cara, amén de que compartían la ideología y metodología..."-.

III) AGRAVIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO POR LA CALIFICACIÓN DELICTUAL.-

La Fiscalía adhirió a la apelación de las Defensas y fundó sus agravios en la calificación de los hechos dados por probados, que se estimó encartaron el delito de Homicidio Muy Especialmente Agravado, ya que por su parte entiende, procede calificarlos como Desaparición Forzada.-

El Colegiado tiene opinión formada sobre este punto por lo cual se remitirá a lo dicho antes de ahora a saber **en las sentencias Nro. 352/2008, 1/2010 y 204/2010 por lo cual a ellas se remitirá.**

Allí se dijo: "...por imperio del artículo 15, inciso 1º 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 de 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...”

Más allá de los argumentos específicos que desarrolla la señora Fiscal en la expresión de agravios vinculado a la opinión de este Colegiado sobre el Estatuto de Roma, el mismo entiende que no existe motivo para modificar lo dicho puesto que tales argumentaciones no logran convencer por lo menos a los firmantes.

Por tanto se transcribirá lo dicho antes de ahora, a saber: “...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, que 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...”.

“...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 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, con el tipo 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 *jus 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 caber 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 Nürenberg: "...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)..."

Posteriormente a dichos fundamentos se adicionaron otros en mérito a un nuevo argumento expuesto por 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 - Capítulo 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.

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

IV) AGRAVIOS DE LAS DEFENSAS POR EL GRADO DE PARTICIPACIÓN.-

La sentencia de primera instancia condenó a los enjuiciados como autores penalmente responsables de los delitos imputados, aspecto sobre el cual el Tribunal discrepa, por tanto revocará tal punto el fallo, sin dejar de efectuar precisiones al respecto.-

En el numeral tercero de este fallo se reseñó los motivos que hacen responsables a los encausados por los delitos cometidos, por lo que no resulta necesaria la ejecución material de los maleficios para que proceda el reproche penal.-

Sobre la participación enseña Soler "...La participación, sea cual fuere su forma, no es un mero conocimiento del hecho, sino una contribución a producirlo; tanto en la instigación como en la complicidad, la acción que hace a un sujeto partícipe tiene necesariamente que consistir en algo positivo, cuando menos en una manifestación verbal..." y agrega más adelante "...No puede olvidarse que la participación en un delito es una forma de hacerse responsable por él; en consecuencia, dentro de la participación está comprendida no solamente la contribución objetiva a producir el resultado, sino también la contribución subjetiva. Participar no quiere decir solamente producir, sino producir típica, antijurídica y culpablemente. El problema de la causación es sólo un fragmento del de la participación, y, por tanto, no pueden

identificarse..." (Soler, Sebastián. **Derecho Penal Argentino. Tomo II. Pág. 252 y 253**).-

Por su parte Zaffaroni, y en lo que respecta a la expresión "participación" distingue que la misma "...tiene dos sentidos diferentes: (a) en sentido amplio, participación es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices o instigadores; (b) en sentido limitado, se entiende por participación como el fenómeno por el que una o más personas toman parte en el delito ajeno, siendo partícipes sólo los cómplices y los instigadores, con exclusión de los autores..." y la define como "...el delito doloso cometido por vía de un injusto doloso ajeno, consistente en un aporte al mismo, hecho en la forma de instigación o de complicidad. Expresado de forma negativa, puede decirse que el partícipe es quien es alcanzado por la pena sin ser autor..." (Zaffaroni, Eugenio. **Derecho Penal Parte General. Págs. 735 y 758**).-

Sobre los elementos de la participación Maggiore destaca la existencia e identidad de delito, la pluralidad de personas, expresando "...el último elemento es el concurso de acciones. Ya se dijo que la coparticipación se basa en este presupuesto: delito único, sujetos múltiples. Y quien dice unidad de delito, dice unidad de acción. Es verdad que, a primera vista, en el concurso son tantas las acciones cuantos sean los sujetos, ya que cada uno lleva al delito su propio tributo de actividad. Pero así realmente, como todas las acciones, por su solidaridad, convergen al mismo resultado, hay una sola acción que es la resultante de todas las diversas fuerzas combinadas..." (Maggiore, Guiseppe. **Derecho Penal. Volumen II. Pág 130**).-

En cuanto a los principios que rigen la participación señala Soler: 1º) el principio de identidad de delito donde las "...acciones, dispares si se las considera objetivamente, deben tener un sentido de convergencia jurídica hacia una misma figura delictiva..." 2º) el principio de comunidad de acción donde "...Para que haya participación en un delito hay que "tomar parte" o

"cooperar" en su producción. Pero la parte que cada coautor, instigador o cómplice toma, debe objetiva y subjetivamente constituir la parte de un todo que es el delito. Por esa parte que cada uno asume en la división de funciones, no se es participe en la acción del otro o en la culpa del otro, sino en el delito, es decir, en la totalidad. De ahí el principio lípidamente formulado por Carrara "el hecho natural puede ser comunicable entre los varios partícipes; la intención no es nunca comunicable de individuo a individuo". Comunicabilidad quiere decir integración del hecho, y esa integración es posible precisamente porque, según hemos dicho, la fracción que cada uno aporta es realizada por él como integrante de la acción de otro y conocida como fracción..." 3º El principio de exterioridad también rige la participación por el cual "...La punibilidad de la participación requiere en su límite mínimo un comienzo de ejecución. Para que pueda afirmarse que existe principio de ejecución, debe considerarse la acción globalmente, tal como si todos los actos y los distintos aportes fuesen un caso común de tentativa realizada por un sólo sujeto..." **(Soler, Sebastián. Obra citada. Págs. 267, 268 y 272).-**

Para el maestro Manzini "...La coparticipación delictuosa consiste en el concurso de varias causas humanas, imputables y punibles, en la producción de un determinado delito, a cualquier grado que haya llegado la ejecución de este delito y cualquiera que sea la eficiencia causal de las actividades individuales singulares. El presupuesto de toda forma de coparticipación delictuosa es, por tanto, que un delito (consumado o tentado) haya sido cometido, esto es, ocasionado, con el concurso de las indicadas causas..." **(Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Pág. 246).-**

Y abunda Manzini "...La cooperación punible presupone en cada concurrente la voluntad exigida para la imputabilidad del delito de que se trata. La existencia de la voluntad en el copartícipe se deduce por lo regular del conocimiento, que él tuvo, de participar en el hecho imputable, el cual a su

vez resulta normalmente de las circunstancias en que fue cometido dicho hecho..." **(Manzini, Vincenzo. Obra citada. Tomo III. Pág. 282).-**

Vistos los conceptos de la participación corresponde analizar punto por punto cada grado. Así, el maestro Carrara se expide sobre el concepto de autor de la siguiente manera "...El autor principal del delito es el que ejecuta el acto consumativo de la infracción. Los que toman parte en los actos consumativos son coautores o correos, pero todos son delincuentes principales. Todos los demás que participan en el designio criminoso o en otros actos, fuera de los de la consumación, son delincuentes accesorios o cómplices en sentido lato..." **(Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I. Pág. 287).-**

Para Soler autor inmediato es "...el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva..." y autor mediato aquel "...que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es autor, o no es culpable, o no es imputable..." aclarando a pie de página que en este último caso no es preceptiva la existencia de un autor inmediato...".

"...También es autor el que participa en igualdad de situación, con otro en la producción de un hecho común. El coautor no es, pues, un autor mediato, sino un autor inmediato..." considerando que "la coautoría representa la primera hipótesis de verdadera participación. Se caracteriza pues, porque su acción y su responsabilidad no dependen de la acción o la responsabilidad de otros sujetos. Verdadero coautor es aquel que sigue siendo autor aun cuando hipotéticamente se suprima otra participación. Objetivamente ha realizado actos ejecutivos típicos, subjetivamente se dirigía a ello su voluntad y jurídicamente reunía las condiciones requeridas por el derecho para el autor de ese delito..." y agrega "...De dos maneras puede un sujeto hacerse coautor de un delito: por una intervención parificada a la de otros sujetos o por división de funciones..." expresando que "...lo que caracteriza objetivamente la acción

del verdadero coautor es su intervención en actos consumativos..." **(Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Pág. 258 y 265).-**

Por su parte, Sainz Cantero, en lo que refiere a la autoría expresa "...De autor se puede utilizar un concepto estricto y un concepto amplio. En sentido estricto, es autor quien realiza la conducta típica, bien de modo inmediato (directamente), bien mediatamente, sirviéndose de otra persona, a la que utiliza como instrumento. En sentido amplio, son autores, no sólo los mencionados, sino también otras personas que participan en el hecho delictivo del que otro es autor principal aportando una contribución importante, como puede ser la de realizar actos ejecutivos, inducir a la comisión del hecho, cooperar con un acto necesario, actuar a nombre del autor real, etc..." **(Sainz Cantero, José. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Pág. 802).-**

Sobre la autoría expresa Bacigalupo "...La autoría individual es la del que "realiza el hecho por sí sólo", por lo tanto, sin la participación de otros que hagan contribuciones a la ejecución de la acción. Se trata de supuestos en los que la ejecución se realiza de propia mano, dado que no necesita de otros..." **(Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal Parte General. Pág. 500).-**

Para Maggiore "...Autor es aquel que con su acción, completa por el aspecto físico y por su aspecto psíquico, comete el acto delictuoso. Autor es el agente, el sujeto activo, el reo, en sentido primario, a que se refiere la ley cuando establece el modelo del delito. Por regla general se le aplica la expresión "el que"..." **(Maggiore, Guiseppe. Derecho Penal. Volumen II Pág. 107).-**

Vista esta base teórica sobre la autoría procede analizar que entiende la doctrina sobre la coautoría.-

Para Mir Puig "...Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho. Los coautores son autores porque cometen el delito entre todos. Los coautores se reparten la realización del tipo de autoría. Como ninguno de ellos por sí sólo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno partícipe del hecho de otro..." para este autor el principio que rige en estos casos es el principio de imputación recíproca por el

cual "...todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (extensible) a todos los demás..." y agrega más adelante "...La fenomenología de la co-delincuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo. Lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos "pertenece" el hecho, que es "obra" inmediata de todos, los cuales "comparten" su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar. (Mir Puig, Santiago.

Derecho Penal. Parte General. 4º Edición. Págs. 384, 386 y 387).-

Carrara nos ilustra "...Cuando la participación es concomitante con los actos consumativos, el que la realiza es un correo, aunque participe en ella únicamente con la palabra, con la sola presencia, o aun sin hacer nada. La palabra instigadora, que constituye sólo concurso moral si precede a la consumación del delito, toma el carácter de concurso material cuando es concomitante con los motivos de la consumación, y se compenetra con esta virtud de unidad de tiempo..." agregando "...El correo es imputable del mismo modo que el autor físico del delito, pues es una mera casualidad el que sea la mano del uno y no la del otro la que realice el acto que lleva a violar definitivamente la ley, y por ello dicho acto se considera realizado por cada uno de los malvados que a sabiendas colaboraron personalmente en él. Esa colaboración, aunque sea inactiva, torna más audaz al ejecutor o aparta a la víctima de la posibilidad de la defensa, y ello basta para que se represente la relación de causa a efecto, con respecto al delito a que todos los presentes dirigen actualmente (Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I. Pág. 313 y 314).-

Enseña Bacigalupo que "...Para la coautoría es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse. Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores..."

(Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Pág. 502).-

Sobre el punto y dentro de los distintos modos con los que puede manifestarse la cooperación material, Manzini expresa "...Ejecutores del delito (o autores principales) son aquellos que cooperan a los actos directamente productivos del evento dañoso o peligroso, esto es, las personas que voluntariamente y conscientemente toman parte directa en los actos que concretan los elementos materiales característicos del delito y las circunstancias materiales agravantes del mismo...", y distingue a los cooperadores inmediatos estableciendo que "...son aquellos que, aun sin realizar directamente los actos productivos característicos del evento imputable, concurren, no obstante, con los ejecutores en la actuación de la empresa delictuosa, tomando parte en operaciones coordinadas pero distintas, eficaces para la inmediata ejecución del delito, dado el modo como fue organizada la empresa, las cuales sin embargo, no representan elementos esenciales ni circunstancias que modifiquen el hecho imputable. Por eso aun la sola presencia preordenada en el lugar del delito, cuando tenga o pueda tener un oficio útil para los ejecutores (seguridad, protección, intimidación, guía, observación, etc.), concreta los extremos de la participación inmediata. Por las mismas razones, la posibilidad de la cooperación inmediata no queda excluida por el hecho de que haya sido único el acto consumativo del delito, y que una sola persona lo

haya realizado, una vez que se haya participado en los actos ejecutivos anteriores..." (Manzini, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Pág. 251 y 252**).-

COLOFÓN: El Colegiado considerara que los encausados deben ser responsabilizados en grado de coautoría en mérito a los fundamentos expuestos.-

La precisión imprescindible, es que en el caso de Larcebeau, está acreditada su participación directa en los actos ejecutivos que terminaron con la muerte de ciertas personas, por tanto, no le asiste razón a la Defensa cuanto argumenta que no es posible imputarle los delitos en grado de autoría, sin embargo, es un aspecto medular para la Sala es que ello no acontece en todos los maleficios que le son imputados y, visto que la ley castiga con igual penalidad la autoría que la coautoría (artículo 88 del Código Penal), sin perjuicio de algún matiz en relación a la última según sean las circunstancias, resulta ajustado a derecho en función del principio "favoris rei" imputarle todos los delitos en la forma expuesta.-

V) CIRCUNSTANCIAS ALTERATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD.-

Estima el Tribunal que el señor Juez Letrado de Primera Instancia efectuó un correcto relevamiento de las alteratorias que inciden en la condena, por tanto, no procede en este aspecto otra apreciación que no sea indicar la precisión de lo resuelto.-

VI) INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

La sanción impuesta se encuentra dentro de los márgenes establecidos para los reatos en cuestión y se respetaron las pautas determinadas por el artículo 86 del Código Penal, por lo que procede entonces confirmar la misma.-

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido por los arts. 18, 46, 47, 54, 61, 85, 86, 104 a 106, 310 y 312 numerales 1 y 5 del

Código Penal y arts.1, 2, 172, 173, 174, 186, 217 y sig., 245, 246, 249, y 350 del Código del Proceso Penal, el Tribunal

FALLA:

Confírmase la sentencia de primera instancia salvo en cuanto al grado de participación, en cuya parte se revoca y, en su lugar, se condena como coautores responsables.-

Oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.